

# Rajat ylittävien tappioiden verokohtelu EU-tuomioistuimen ennakkoratkaisuissa: Suhteellisuusperiaate muutosten tuulissa

Yritysjuridiikka

Maisterin tutkinnon tutkielma

Markus Joensuu

2012



Aalto-yliopisto  
Kauppakorkeakoulu

# Rajat ylittävien tappioiden verokohtelu EU-tuomioistuimen ennakkoratkaisuissa

Suhteellisuusperiaate muutosten tuulissa

Pro gradu -tutkielma  
Markus Joensuu  
Syksy 2011  
Yritysjuridiikka

Hyväksytty laskentatoimen laitoksella \_\_\_ / \_\_\_ 20\_\_\_ arvosanalla \_\_\_\_\_

---

## RAJAT YLITTÄVIEN TAPPIOIDEN VEROKOHTELU EU-TUOMIOISTUIMEN ENNAKKORATKAISUISSA: SUHTEELLISUUSPERIAATE MUUTOKSEN TUULISSA

### TUTKIELMAN TAVOITTEET

Tutkimuksen tavoitteena on selvittää rajat ylittävien tappioiden verokohtelua koskeva oikeustila tällä hetkellä ja kehityksen suunta EU-tuomioistuimen viimeaikaisten ennakkoratkaisujen perusteella. Lisäksi tutkimus pyrkii kartoittamaan oikeuskäytännön kehitykseen johtaneita syitä ja tarkastelemaan ennakkoratkaisujen perusteltavuutta SEUT 49 artiklan ja EU-vero-oikeuden periaatteiden valossa.

### LÄHDEAINEISTO

Tutkielmassa käytetty aineisto koostuu EU-tuomioistuimen välitöntä verotusta koskevasta oikeuskäytännöstä ja EU:n perussopimusten määräyksistä. Oikeuskäytännöstä keskeisimmässä roolissa ovat rajat ylittävien tappioiden verokohtelua käsittelevät ennakkoratkaisut C-446/03 Marks & Spencer, C-231/05 Oy AA, C-414/06 Lidl Belgium, C-418/07 Papillon ja C-337/08 X Holding.

### TULOKSET

EU-tuomioistuin tulkitsi aikanaan ratkaisussaan Marks & Spencer sijoittautumisvapauden ja suhteellisuusperiaatteen edellyttävän rajat ylittävien lopullisten tappioiden vähennyskelpoisuutta. X Holding -ratkaisun jälkeen lopullisten tappioiden sääntö voi hyvin olla historiaa. X Holding -ratkaisussa on havaittavissa merkkejä tuomioistuimen siirtymisestä Marks & Spenceriä edeltävään aikaan ja subject-to-tax-periaatteen noudattamiseen rajat ylittävien ja puhtaasti kotimaisten tilanteiden vertailukelpoisuuden arvioinnissa. Vaihtoehtoisesti voidaan ajatella suhteellisuusperiaatteen haihtuneen lopullisten tappioiden, viimeisen pesäkkeensä, myötä ilmaan.

Tuomioistuimen poikkeaminen subject-to-tax-periaatteesta johtui alunperin sen tavoitteesta saada lopulliset tappiot vähennyskelpoisiksi. Tuomioistuin ei kuitenkaan uskaltanut kävellä valitsemaansa tietä loppuun ja edellyttää jäsenvaltioilta väliaikaisten tappioiden huomioimista sekä myöhempää verottamista (deduction and later recapture). Siirtymää takaisin subject-to-tax-periaatteen noudattamiseen tukee erityisesti teoria, jonka mukaan tuomioistuimen silmissä vertailukelpoisuuden ja oikeuttamisperusteiden arviointi ovat samaa prosessia. Tämän kehityksen myötä tuomioistuimen ratkaisuista on vaikea havaita, milloin tilanteet ovat riittävän erilaisia, jolloin sen ei tarvitse pohtia asiaa suhteellisuusperiaatteen näkökulmasta.

### AVAINSANAT

Rajat ylittävät tappiot, vapaa sijoittautumisoikeus, suhteellisuusperiaate, EU-vero-oikeus

# Sisällysluettelo

## 1. Johdanto

1.1. Rajat ylittävien tappioiden ongelma.....	6
1.2. Tutkimuksen tavoitteet.....	8
1.3. Tutkimusaineisto.....	11

## 2. Konserniverotus EU-maissa ja kiinteiden toimipaikkojen verotus.....12

2.1. Verotuksen neutraalisuus.....	12
2.2. Konserniverotus EU-maissa.....	14
2.2.1. Iso-Britannian group relief -järjestelmä.....	16
2.2.2. Suomen konserniavustusjärjestelmä.....	17
2.2.3. Hollannin verokonsolidointijärjestelmä.....	20
2.3. Kiinteiden toimipaikkojen verotus.....	21
2.3.1. Hyvitysmenetelmä.....	22
2.3.2. Vapautusmenetelmä.....	23

## 3. EU-tuomioistuimen ratkaisukäytännöstä.....25

3.1. Ennakkoratkaisumenettely.....	25
3.2. Sijoittautumisvapaus ja Rule of Reason -periaate.....	26
3.3. Oikeuskäytännön kehitys.....	29

## 4. Rajat ylittäviä tappioita koskevat ennakkoratkaisut.....33

### 4.1. *Marks & Spencer*.....33

4.1.1. Vertailukelpoinen tilanne.....	34
4.1.1.1. Horisontaalinen ja vertikaalinen vertailukelpoisuus.....	34
4.1.1.2. Subject-to-tax Approach ja Always-Somewhere Approach.....	38
4.1.2. Sijoittautumisvapauden rajoittaminen.....	40
4.1.3. Oikeuttamisperusteet sijoittautumisvapauden rajoittamiselle.....	41
4.1.3.1. Verotusvallan tasapainoinen jakautuminen jäsenvaltioiden kesken.....	42
4.1.3.2. Tappioiden käyttäminen kahteen kertaan.....	46
4.1.3.3. Veronkierron estäminen.....	47
4.1.4. Suhteellisuusperiaate.....	47
4.1.4.1. Lopulliset tappiot.....	47
4.1.4.2. Väliaikaiset tappiot.....	49

### 4.2. *Oy AA*.....52

4.2.1. Vertailukelpoisuus.....	54
4.2.2. Sijoittautumisvapauden rajoitus ja oikeuttamisperusteet.....	55
4.2.3. Suhteellisuusperiaate.....	56
4.2.4. Konserniavustusjärjestelmä Oy AA:n jälkeen.....	58

<b>4.3. Lidl Belgium</b>	61
4.3.1. Vertailukelpoisuus, sijoittautumisvapauden rajoitus ja oikeuttamisperusteet	63
4.3.2. Suhteellisuusperiaatteelle asetettu rajoitus	65
4.3.3. Rajat ylittävän tappiovähennyksen puolesta ja vastaan	68
<b>4.4. Papillon</b>	71
4.4.1. Verojärjestelmän johdonmukaisuus tekee paluun	72
4.4.2. Suhteellisuusperiaatteelle asetettu rajoitus ei koske verojärjestelmän johdonmukaisuutta	72
<b>4.5. X Holding</b>	74
4.5.1. Mitä tapahtui Rule of Reason -testille?	77
4.5.1.1. Toinen vertailukelpoisuusarviointi	79
4.5.1.2. Toinen oikeuttamisperusteen arviointi	82
4.5.2. Tuomioistuimen virheellinen käsitys Hollannin järjestelmästä	82
4.5.3. Käsittelemättä jääneet suhteellisuusperiaatekysymykset	83
4.5.4. Muut vähemmän rajoittavat toimenpiteet	84
4.5.5. Hahmottomaksi muodostunut suhteellisuusperiaate ja lopulliset tappiot	85
4.5.6. Paluu subject-to-tax-lähestymistapaan?	87
<b>5. Lopullisten tappioiden dilemma – KHO:2011:21</b>	92
5.1. Tappioiden siirtyminen sulautumissa TVL:n säännösten mukaan	92
5.2. Ratkaisu Marks & Spencer -tuomion valossa	94
5.3. Ratkaisu X Holding -tuomion valossa	98
<b>6. Johtopäätökset</b>	101
6.1. Suhteellisuusperiaatteelle asetettu rajoitus	101
6.2. Konserniavustusjärjestelmä ja lopulliset tappiot	103
6.3. Lopullisten tappioiden vähennyskelpoisuus X Holding -tuomion jälkeen	104
6.4. KHO:2011:21	107
<b>Lähdeluettelo</b>	109
<b>EU-tuomioistuimen ennakkoratkaisut</b>	113
<b>Kotimainen oikeuskäytäntö</b>	114

## Lyhenteet

C-337/08	EU-tuomioistuimen ratkaisu vuodelta 2008, numero 337 (vuosina 1953–1988 annetuissa ratkaisuissa ei ole C-kirjainta)
CCCTB	Common Concolidated Corporate Tax Base
EU-oikeus	Euroopan unionin oikeus
EU-tuomioistuin	Euroopan unionin tuomioistuin (30.11.2009 asti EY-tuomioistuin)
EU-vero-oikeus	Euroopan unionin vero-oikeus
EY-tuomioistuin	Euroopan yhteisöjen tuomioistuin (nimi muutettiin Lissabonin sopimuksen myötä Euroopan unionin tuomioistuimeksi)
EY-sopimus	Euroopan yhteisön perustamissopimus
EVL	Laki elinkeinotulon verottamisesta 24.6.1968/360
ICTA	Income and Corporation Tax Act 1988 (Iso-Britannian vuoden 1988 tulo- ja yhtiöverolaki)
KHO	Korkein hallinto-oikeus
Konserniavustuslaki	Laki konserniavustuksesta verotuksessa 21.11.1986/825
KVL	Keskusverolautakunta
OECD	Organisationfor Economic Co-operation and Development
OECD:n mallisopimus	Tuloa ja varallisuutta koskeva malliverosopimus, OECD, jatkuvatäydenteinen
Regeringsrätten	Ruotsin korkein hallinto-oikeus
SEU	Sopimus Euroopan unionista
SEUT	Sopimus Euroopan unionin toiminnasta
TVL	Tuloverolaki 30.12.1992/1535
Virka-apudirektiivi	Neuvoston direktiivi 77/799/ETY jäsenvaltioiden toimivaltaisten viranomaisten keskinäisestä avusta välittömien verojen ja vakuutusmaksuista perittävien verojen alalla, annettu 19.12.1977
VYL	Laki ulkomaisten väliyhteisöjen osakkaiden verotuksesta 1217/1994

# 1. Johdanto

## 1.1. Rajat ylittävien tappioiden ongelma

Rajat ylittävien tappioiden verokohtelu EU:ssa on kuuma peruna. Se on puhuttanut vero-oikeuden asiantuntijoita aina siitä lähtien, kun isobritannialainen tuomioistuin High Court of Justice (England & Wales) pyysi silloiselta Euroopan yhteisöjen tuomioistuimelta<sup>1</sup> ennakkoratkaisupyynnön asiassa C-446/03 Marks & Spencer. Keskustelu ongelman ympärillä kiteytyy kahteen vastakkaiseen näkemykseen, jotka hylkivät toisiaan kuin samannapaiset magneetit. Välittömästä verotuksesta ei nimenomaisesti säädetä EU:n perussopimuksissa, jolloin toimivalta välittömän verotuksen alalla kuuluu jäsenvaltioille. Toisaalta jäsenvaltioiden on käytettävä tätä toimivaltaansa unionin oikeutta noudattaen.<sup>2</sup> Vaikka välittömän verotuksen alueella harmonisointi on ollut tähän saakka olematonta, EU:n perussopimukset kuitenkin sisältävät myös välitöntä verotusta koskevia yleisiä määräyksiä. Rajat ylittävien tappioiden verokohtelun osalta keskeisin määräys löytyy Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen (SEUT) 49 artiklasta<sup>3</sup>. Siinä kielletään rajoitukset, jotka koskevat jäsenvaltion kansalaisen vapautta sijoittautua toisen jäsenvaltion alueelle.<sup>4</sup>

Rajat ylittävien tappioiden ongelma liittyy erityisesti tilanteisiin, jossa yhtiö on sijoittautunut toiseen jäsenvaltioon tytäryhtiön tai kiinteän toimipaikan muodossa. Toisessa jäsenvaltiossa sijaitsevalle tytäryhtiölle syntyneet tappiot eivät pääsääntöisesti ole vähennyskelpoisia emoyhtiön verotuksessa sen kotimaassa. Toisessa jäsenvaltiossa sijaitsevalle kiinteälle toimipaikalle syntyneet tappiot eivät puolestaan ole vähennyskelpoisia yhtiön asuinvaltion verotuksessa silloin, kun maiden välisessä verosopimuksessa sovelletaan vapautusmenetelmää kaksinkertaisen verotuksen poistamiseksi. Nämä kaksi tilannetta muodostavat SEUT 49 artiklan kannalta ongelman, koska kyseisissä tilanteissa toiseen jäsenvaltioon sijoittautunutta yhtiötä kohdellaan sen asuinvaltion verotuksessa epäedullisemmin johtuen siitä, että kyseinen yhtiö on käyttänyt sille perussopimuksissa taattua vapaata sijoittautumisoikeutta. Tappion vähennysmahdollisuuden puuttuminen on ongelmallinen paitsi sijoittautumisvapauden näkökulmasta, niin myös verotuksen

---

<sup>1</sup> Lissabonin sopimuksen myötä nimi muuttui Euroopan unionin tuomioistuimeksi.

<sup>2</sup> C-446/03 Marks & Spencer, kohta 29 ja C-231/05 Oy AA, kohta 18. Ratkaisussa puhutaan yhteisön oikeudesta. Lissabonin sopimuksen jälkeen käytetään termiä unionin oikeus.

<sup>3</sup> Ennen Lissabonin sopimusta EY-sopimuksen 43 artikla.

<sup>4</sup> SEUT 49.

neutraalisuuden kannalta. Sen puuttuminen vaikuttaa yritysten liiketoimintapäätöksiin ja asettaa erilaiset yritykset eriarvoiseen asemaan.

Sijoittautuminen toiseen jäsenvaltioon ei välttämättä ole verosyistä yrityksille kannattavaa, koska varsinkin alkuvaiheessa uudelle markkina-alueelle siirryttäessä tappiot voivat olla merkittäviä, eikä näitä tappioita voida vähentää yhtiön kotimaassa syntyneistä voitoista. Suurten jäsenvaltioiden yritykset ovat tässä etulyöntiasemassa, koska niillä on käytössään suuremmat markkinat jo kotimaassaan, minkä vuoksi niille ei synny yhtä nopeasti tarvetta laajentaa toimintaansa ulkomaille toisin kuin pienten jäsenvaltioiden yrityksille. Lisäksi suuret yritykset ovat paremmassa asemassa, koska niillä on yleensä useampia tytäryhtiöitä ja kiinteitä toimipaikkoja muissa jäsenvaltioissa, jolloin niiden on helpompi toteuttaa voittojen ja tappioiden tasaaminen jäsenvaltioiden sisällä. Tilanne vääristää näin ollen kilpailua ja nostaa kuluttajahintoja.<sup>5</sup>

Kyseisiä ongelmia on pohdittu jo pitkään. Rajat ylittävän tappiovähennyksen mahdollistavista säännöksistä annettiin direktiiviehdotus<sup>6</sup> jo vuonna 1990, joka ei kuitenkaan koskaan astunut voimaan. Lisäksi veropohjien harmonisointia koskeva CCCTB-hanke on ollut vireillä jo kymmenen vuotta, mutta jäsenvaltiot ovat toistaiseksi suhtautuneet vastahakoisesti koordinointiin välittömän verotuksen alalla.<sup>7</sup> Harmonisoinnin puuttuessa EU-tuomioistuimella on korostettu rooli perussopimusten määräysten tulkinnassa. EU-tuomioistuimen tehtävä on määritellä, missä määrin SEUT 49 artikla edellyttää jäsenvaltioita poistamaan EU:n kansalaisten vapaata sijoittautumisoikeutta rajoittavia verosäännöksiään. Toisaalta sen tehtävä on myös tulkita, missä määrin jäsenvaltioiden toimivalta välittömän verotuksen alueella antaa niille oikeuden päättää itsenäisesti verosäännöksistään.

Euroopan unionin tuomioistuin<sup>8</sup> on antanut Marks & Spencer -tuomion jälkeen jo useita rajat ylittävien tappioiden verokohtelua käsitteleviä ratkaisuja, mutta sen oikeuskäytäntöä ei tältä osin voida pitää vielä vakiintuneena. Myöskään sen oikeuskäytännöstä ei voida johtaa kovin yksiselitteisiä acte éclairé -oikeusohjeita. Tämä on aiheuttanut sen, että aihetta käsittelevä oikeuskirjallisuus on pirstaloitunut eri koulukuntiin. Asiantuntijat eroavat toisistaan

---

<sup>5</sup> Rajat ylittävän tappioiden vähennysmahdollisuuden aiheuttamista neutraalisuusongelmista ks. luku 2.1. ja Komissio 2006.

<sup>6</sup> Ks. neuvoston direktiivi KOM(90) 595 lopullinen. Peruttu 9.1.2004.

<sup>7</sup> Asiasta annettiin hiljattain direktiiviehdotus COM/2011/121.

<sup>8</sup> Lissabonin sopimuksen astuttua voimaan aiemmin käytössä ollut nimi *Euroopan yhteisöjen tuomioistuin* muuttui *Euroopan unionin tuomioistuimeksi*. Tässä tutkielmassa käytetään yksinkertaisuuden vuoksi nimitystä *EU-tuomioistuin* tai pelkkä *tuomioistuin*.



erityisesti siinä, katsovatko he tuomioistuimen ylittäneen toimivaltansa vaatiessaan jäsenvaltioita huomioimaan verotuksessaan toisessa jäsenvaltiossa syntyneitä tappioita edes jossain määrin vai ajattelevatko he tuomioistuimen pitäneen liiaksikin jäsenvaltioiden puolia unohtaen roolinsa EU-kansalaisille perussopimuksissa taattujen vapauksien puolustajana.

Erilaisia tulkintoja syntyy oikeuskirjallisuudessa myös siitä, mitä tuomioistuin ylipäätään tarkoittaa tuomioissa esiintyvillä perusteluillaan. Tuomioistuimen käyttämä kieli on toisinaan hyvin kryptistä. Kansallisten tuomioistuinten tasollakaan tulkinnat EU-tuomioistuimen ratkaisuksista eivät ole keskenään yhteneviä. Tästä esimerkkinä voidaan antaa KHO:n ja Ruotsin Regeringsrättenin keskenään päinvastaiset tulkinnat ratkaisuksista Marks & Spencer ja Oy AA.<sup>9</sup>

## **1.2. Tutkimuksen tavoitteet**

Tämän tutkielman tarkoituksena on aikaisempaan tutkimukseen perehtymällä muodostaa valistunut mielipide vallitsevasta oikeustilasta ja tuomioistuimen tiettyjen ratkaisujen oikeellisuudesta. Tiettyjen kysymysten osalta tuomioistuimen kantaa eli vallitsevaa oikeustilaa voidaan pitää selvänä. Tuomioistuin ei selvästikään edellytä jäsenvaltioita hyväksymään ulkomaisten tytäryhtiöiden ja kiinteiden toimipaikkojen tappiovähennystä rajoituksetta. Tämä onkin hyvin ymmärrettävää, koska mahdollisuus täysin rajoituksettomaan tulosten siirtoon jäsenvaltiosta toiseen saattaisi johtaa verotulojen karkaamiseen pienimpien verokantojen maihin.<sup>10</sup> Lisäksi on selvää, että tuomioistuin ei vaadi jäsenvaltioilta väliaikaisten tappioiden huomioimista ns. recapture-menetelmää soveltamalla.<sup>11</sup> Marks & Spencer -tuomio on osoittanut, että isobritannialaiselle emoyhtiölle kuuluvan toisessa jäsenvaltiossa asuvan tytäryhtiön lopulliset tappiot pitää olla mahdollista kattaa Iso-Britannian group relief -säännösten mukaisella tappionsiirrolla. Selvää on myös se, että tuomioistuimen mielestä Marks & Spencer -tuomion mukainen lopullisten tappioiden sääntö pätee myös kiinteiden toimipaikkojen tappioihin.

Aihepiiriin liittyvien selvitettyjen kysymysten listaa ei voida jatkaa paljoakaan edellisiä pidemmälle. Näyttää siltä, että oikeuskäytännön kehittyessä uusia kysymyksiä nousee enemmän kuin vanhoihin ehditään saada vastauksia. Erityisesti X Holding -tuomio antaa tilaa

---

<sup>9</sup> Ks. luku 4.2.

<sup>10</sup> Esim. Wattel on esittänyt, että jäsenvaltioiden on saatava säilyttää verosuvereniteettiinsä, koska muutoin tuloksena verotuksen villi länsi (tai itä). Ks. Wattel 2007, s. 140.

<sup>11</sup> Recapture-menetelmää ehdotettiin vähemmän rajoittavaksi toimenpiteeksi tuomioissa Marks & Spencer, Lidl Belgium ja X Holding, mutta tuomioistuin ei katsonut suhteellisuusperiaatteen edellyttävän järjestelmän käyttöönottoa.

moninaisille tulkinnoille. Tässä tutkielmassa etsitään vastauksia vanhoihin ja uusiin epäselviin kysymyksiin.

Työn tutkimuskysymykset alakysymyksineen ovat seuraavat:

1. *Miksi suhteellisuusperiaatteen soveltamiselle asetettiin rajoitus Marks & Spencer ja Lidl Belgium -tuomioissa?*
  - a. *Onko suhteellisuusperiaatteelle asetettu rajoitus sidoksissa tiettyyn oikeuttamisperusteeseen?*
2. *Koskeeko lopullisten tappioiden poikkeussääntö konserniavustusjärjestelmää?*
3. *Onko tuomioistuin muuttanut kantansa lopullisten tappioiden vähennyskelpoisuudesta?*
  - a. *Onko subject-to-tax -lähestymistapa vertailukelpoisuuden mittarina tekemässä paluun?*
  - b. *Onko vertailukelpoisuudella ja oikeuttamisperusteilla eroa?*

Vastausta ensimmäiseen kysymykseen pohditaan läpi tutkielman, mutta erityisesti siihen pyritään vastaamaan Marks & Spencer ja Lidl Belgium -tuomioita käsittelevissä luvuissa 4.1 ja 4.3. Tällä kysymyksellä pyritään selvittämään, miksi tuomioistuin oletti Marks & Spencer -tuomiossa suhteellisuusperiaatteen edellyttävän vain rajat ylittävien lopullisten tappioiden huomioimista emoyhtiön verotuksessa. Muut vähemmän rajoittavat toimenpiteet edellyttävät tuomioistuimen mielestä yhteisön lainsäätäjän antamia yhdenmukaistamissäännöksiä. Tuomioistuin ei mitenkään perustele, miksi rajoitus asetettiin juuri lopullisten tappioiden kohdalle. Rajoitus on hyvin ongelmallinen EU-oikeuden kannalta. Tuomioistuin antaa suhteellisuusperiaatteen rajoituksellaan jäsenvaltioille luvan rajoittaa sijoittautumisvapautta enemmän kuin on tarpeen. Tämä on pahasti ristiriidassa suhteellisuusperiaatteen perusajatuksen, jonka mukaan jäsenvaltioiden on rajoitettava sijoittautumisvapautta mahdollisimman vähän.

Toiseen kysymykseen pyritään vastaamaan Oy AA -tuomiota käsittelevän luvun 4.2 yhteydessä. Oy AA -tapauksessa tuomioistuin ei katsonut sijoittautumisvapauden edellyttävän konserniavustuksen vähennyskelpoisuuden myöntämistä tilanteessa, jossa suomalainen tytäryhtiö antaa konserniavustuksen isobritannialaiselle emoyhtiölleen. Kyseisen ennakkoratkaisun jälkeen KHO ja Ruotsin Regeringsrätten ovat molemmat antaneet omat

ratkaisunsa tilanteesta, jossa kotimainen emoyhtiö antaa konserniavustuksen toisessa jäsenvaltiossa asuvan tytäryhtiön lopullisten tappioiden kattamiseksi. KHO:n tulkinta oli, että konserniavustus ei ole tilanteessa vähennyskelpoinen. Regeringsrättenin mukaan konserniavustus voidaan antaa lopullisten tappioiden kattamiseksi. Kumpikaan tuomioistuin ei hakenut tapauksissaan EU-tuomioistuimen ennakkoratkaisua. Luvussa 4.2. pyritään selvittämään kumman tulkinta on oikea.

Kysymystä kolme ja sen alakysymyksiä käsitellään X Holding -tuomion yhteydessä luvussa 4.5. Tuomioistuimen perustelut tuomiossa X Holding antavat viitteitä siitä, että tuomioistuin ei katsoisi suhteellisuusperiaatteen edellyttävän enää edes rajat ylittävien lopullisten tappioiden vähennysoikeuden myöntämistä. Tuomiota voidaan periaatteessa tulkita myös niin, että tuomioistuin on palannut subject-to-tax-lähestymistavan soveltamiseen vertailukelpoisuuden arvioinnissa. Sanders on esittänyt, että vertailukelpoisuuden arviointi ja oikeuttamisperusteiden arviointi ovat tuomioistuimelle käytännössä yhtä ja samaa prosessia.<sup>12</sup> Sandersin teoria tukee periaatteessa ajatusta siitä, että tuomioistuin olisi jo X Holding -tuomiossa pitänyt tilanteita keskenään vertailukelvottomina. Lukijan on vain hankala havaita tätä tuomion perusteluista prosessien ollessa yhtä.

Lisäksi tutkielmassa pohditaan tapausta KHO:2011:21, jossa on kyse Suomen sijoittautumisvapautta rajoittavista TVL:n säännöksistä. TVL:n säännösten mukaan tappiot voivat siirtyä sulautumisen yhteydessä tietyin edellytyksin sulautuvasta yhtiöstä vastaanottavaan yhtiöön. Säännökset edellyttävät kuitenkin, että sekä sulautuva että vastaanottava yhtiö ovat molemmat kotimaisia yhtiöitä. Tapauksessa on kyse suomalaisesta emoyhtiöstä ja ruotsalaisesta tytäryhtiöstä, joista jälkimmäinen on sulautumassa ensimmäiseen yhtiöön. Ruotsalaisen tytäryhtiön tappiot ovat jäämässä tapauksessa lopullisiksi. EU-tuomioistuin antaa asiasta ennakkoratkaisunsa lähivuosina. Ennakkoratkaisun mahdollista lopputulosta pyritään arvioimaan tuomioistuimen aiemman oikeuskäytännön perusteella. Marks & Spencer ja Lidl Belgium -ratkaisuilla voidaan perustella sitä, että rajat ylittävässä sulautumisessa tappioiden tulisi voida siirtyä ruotsalaisesta tytäryhtiöstä suomalaiseen emoyhtiöön silloin, kun tytäryhtiön tappiot ovat lopullisia. X Holding -ratkaisulla voidaan puolestaan perustella päinvastaista ratkaisua, joko siitä syystä, että tuomioistuin on muuttanut mieltään lopullisten tappioiden suhteen, tai siitä syystä, että se on palannut subject-to-tax -lähestymistavan soveltamiseen.

---

<sup>12</sup> Sanders 2011, s. 126–127.

### 1.3. Tutkimusaineisto

Tutkielmassa käytetty aineisto koostuu ensisijaisesti EU-tuomioistuimen välitöntä verotusta koskevista ennakkoratkaisuista. Perusteellisemmin käsitellään rajat ylittävien tappioiden verokohtelua käsitteleviä ennakkoratkaisuja C-446/03 Marks & Spencer, C-231/05 Oy AA, C-414/06 Lidl Belgium, C-418/07 Papillon ja C-337/08 X Holding. Muita tuomioistuimen ennakkoratkaisuja käsitellään siinä määrin, kun niistä voidaan saada vastauksia joihinkin osakysymyksiin, jotka liittyvät edellä mainittuihin ratkaisuihin. EU-tuomioistuimen ratkaisujen lisäksi käsitellään muun muassa KHO:n antamia ratkaisuja. Erityisesti tarkastellaan sellaisia ratkaisuja, joissa KHO on esittänyt tulkintansa EU-tuomioistuimen ennakkoratkaisuista. Hyvin keskeinen oikeuslähde on myös EU:n perussopimukset, erityisesti Sopimus Euroopan unionin toiminnasta.<sup>13</sup> Erityinen painoarvo tutkielmassa on SEUT 49 artiklalla. Kiinteiden toimipaikkojen osalta OECD:n mallisopimus ja maiden väliset verosopimukset ovat keskeisiä.

---

<sup>13</sup> SEUT. Ennen Lissabonin sopimuksen voimaan astumista EY-sopimus.

## 2. Konserniverotus EU-maissa ja kiinteiden toimipaikkojen verotus

### 2.1. Verotuksen neutraalisuus

Koska hallitukset eivät jaa verovelvollisten liiketoimintatariskeitä, kaikissa maailman verojärjestelmissä voittojen ja tappioiden verokohtelu on epäsymmetristä. Voittoja verotetaan heti niiden syntyessä, mutta tappiot voidaan useimmiten kuitata vasta tulevien vuosien tuloksista. On tietenkin hyvin ymmärrettävää, että tappioita ei ”veroteta” heti niiden syntyessään. Veroilla kerätään vain varoja yhteiskunnan kustannuksia varten, eikä hallitusten tehtävänä ole kantaa osaa verovelvollistensa liiketoimintatariskeistä. Tästä huolimatta se, että ylipäättään syntyy tulevana vuosina vähennettävissä olevia tappioita, johtuu verotuksen keinotekoisesta jaosta vuoden mittaisiin periodeihin. Verotuksen tapahtuminen vuosittain johtuu siitä, että veronsaajalla on tarve tasaiselle tulovirrälle. Verovelvollisen näkökulmasta valinta verotussyklin pituudeksi on kuitenkin mielivaltainen eikä se kuvasta kaikkien yritysten ja yksilöiden tulonhankkimissykliä, eikä siis myöskään kohtele neutraalisti erilaisia yrityksiä. Sellaisen yrityksen, jonka tulovirta ei ole tasaista johtuen sen harjoittaman toiminnan luonteesta, on vaikeampi saada eri vuosien tulot ja menot kohtaamaan kuin sellaisen yrityksen, jonka tulovirta on tasainen vuodesta toiseen. Tällöin ensiksi mainittu yritys tulee raskaammin verotetuksi. Tappioista vasta tulevana vuosina saatavaan verohyötyyn liittyvää aika-arvoa ei myöskään huomioida silloin kun tappiot lopulta huomioidaan tulevien vuosien verotuksessa. Yritysten epäneutraali kohtelu luonnollisesti korostuu, mikäli asuinvaltion verotuksessa tappiontasausmahdollisuudet verovuosien välillä ovat rajoitetut.<sup>14</sup> Oikeuskäytännössä on toisinaan hieman harhaanjohtavasti puhuttu tappioiden vähennysoikeudesta veroetuna tietyn valtion verolainsäädännössä.<sup>15</sup> Tappiot ovat yhtä oleellinen osa veropohjaa kuin voitotkin, joten niiden vähennysoikeudesta keskusteltaessa on kyse ennemmin veropohjan määrittelystä.<sup>16</sup>

Verotuksen neutraliteettiperiaate edellyttää, että verotuksella ei tulisi olla vaikutusta liiketoimintapäätöksiin. Tällainen liiketoimintapäätös voi olla esimerkiksi päätös sijoittaa joko toimintaansa aloittavaan yhtiöön, jonka tulovirta on vielä epätasainen, tai tasaista tulovirtaa tuottavaan yhtiöön.<sup>17</sup> Verotuksella ei tulisi olla myöskään vaikutusta päätökseen

---

<sup>14</sup> Almendral 2010, s. 477.

<sup>15</sup> Ks. esim. C-446/03 Marks & Spencer, kohta 38.

<sup>16</sup> Almendral 2010, s. 477.

<sup>17</sup> Kok 2010, s. 664.

siitä, harjoitetaanko liiketoimintaa yhden yhtiön vai konsernin muodossa. Konserniyhtiöt ovat itsenäisiä oikeussubjekteja, ja ne katsotaan myös verotuksessa erillisiksi verovelvollisiksi. Verotuksen neutraalisuuden kannalta on kuitenkin tärkeää, että konsernin luonne yhtenä taloudellisena kokonaisuutena huomioidaan, ja että yritystoiminnan harjoittaminen konsernimuodossa ei ole ankarammin tai lievemmin verotettua kuin vastaavan toiminnan harjoittaminen yhden juridisen yhtiön muodossa. Neutraalisuuskysymys nousee esiin erityisesti tilanteissa, joissa jokin konserniin kuuluva yhtiö on tappiollinen eikä mahdollisuutta tappiontasaukseen tavalla tai toisella ole järjestetty.<sup>18</sup> Tappiontasausmahdollisuuden puuttumisen aiheuttama taloudellinen haitta konsernille voi olla merkittävä. Esimerkkinä voidaan ajatella tilanne, jossa kaksi yhtiötä, A ja B, muodostavat AB-konsernin. A:n tulos on 100 ja B:n tulos -100, jolloin konsernin nettotulos on 0. Mikäli tilanteessa ei ole mahdollista tasata tappioita yhtiöiden välillä, konsernia verotetaan nollatuloksesta. Erillisenä verovelvollisena A maksaa verot omasta tuloksestaan 100, ilman että B:n tappioita voitaisiin vähentää sen voitoista.

Kaikissa EU:n jäsenvaltioissa edellä mainitun yhtiö B:n tappio voidaan carry forward -sääntöjen nojalla vähentää yhtiön tuloksista tulevana vuosina. Muutamissa carry back -menetelmää soveltavissa maissa tappio voidaan vähentää myös aiempien vuosien tuloksista. Carry forward ja carry back -menetelmillä tapahtuvaa eri tilikausien välillä tapahtuvaa tuloksentasausa kutsutaan vertikaaliseksi tuloksentasaukseksi. Vertikaalinen tuloksentasaus on tarpeen, jotta yksittäisiä yrityksiä kohdeltaisiin verotuksessa *mahdollisimman* neutraalisti riippumatta siitä, kuinka tasaista niiden tulovirta on tilikaudesta toiseen. AB-konsernin yhtiö B:llä ei välttämättä muodostu tulevinakaan vuosina nyt muodostunutta tappiota vastaavaa voittoa, josta se voisi tappion vähentää. Useissa jäsenvaltioissa tappion käyttöaikaa on myös rajoitettu niin, että tappion voi vähentää 5–15 vuoden aikana tulevien tilikausien tuloksista, jonka jälkeen tappio ”vanhenee” eikä sitä voida enää käyttää. Vaikka tappio voitaisiinkin vähentää yhtiö B:n verotuksessa jo seuraavalla tilikaudella, AB-konsernille syntyy kassavirtahaittaa, kun konserni ei voi hyödyntää yhtiö B:n tappiota sen syntyvuonna.<sup>19</sup>

Konsernien neutraali kohtelu ja huomioiminen yhtenä taloudellisena kokonaisuutena edellyttävät verovelvollisten konserniyhtiöiden välistä, yhden verovuoden aikana tapahtuvaa

---

<sup>18</sup> Andersson et al. 2009, s. 776–777.

<sup>19</sup> Kok 2010, s. 664–666.

tappiontasausta. Tätä kutsutaan horisontaaliseksi tappiontasaukseksi.<sup>20</sup> Useimmilla EU-jäsenvaltioilla on käytössään jonkin tyyppinen konsernin sisäinen tappiontasausjärjestelmä.<sup>21</sup> Tappiontasausjärjestelmät mahdollistavat sen, että voitollisten ja tappiollisten konserniyhtiöiden tulokset voidaan yhden verovuoden aikana kuitata keskenään, jolloin konsernia verotetaan sen nettotuloksen perusteella. Tällöin päästään verotuksellisesti neutraalimpaan lopputulokseen, jossa konsernia verotetaan yhtenä kokonaisuutena. Mahdollisuus tappiontasaukseen konserneissa on siis erittäin tärkeä, jotta verotus ei aiheuttaisi vääristymiä yritysten liiketoiminnallisiin päätöksiin järjestää toimintansa konsernimuodossa.

Vaikka jäsenvaltioiden rajojen sisällä konsernin sisäinen tappiontasaus yleensä onnistuu, ongelmaksi muodostuu tappiontasausmahdollisuuden puuttuminen rajat ylittävissä tilanteissa. Ongelma on hyvin keskeinen EU:n yhteismarkkinoiden toimivuuden kannalta. Yhteismarkkina-ajattelun voidaan sanoa olevan neutraliteettiperiaatteen ilmentymä: yhteismarkkinoiden sisällä yritysten valintoja sijoittautua tai investoida eri jäsenvaltioihin ei tulisi rajoittaa verotuksessa. Rajat ylittävän tappiovähennysmahdollisuuden puuttumisella on epäilemättä vaikutusta näihin valintoihin, eikä se siten edistä verotuksen neutraalisuus- ja yhteismarkkinatavoitteen toteutumista.<sup>22</sup>

## **2.2. Konserniverotus EU-maissa**

Eri jäsenvaltioissa on käytössä useita erilaisia konserniverojärjestelmiä, jotka mahdollistavat tuloksentasauksen konsernin sisällä. Komissio julkisti vuonna 2006 rajat ylittävien tappioiden verokohtelua käsittelevän tiedonannon. Siinä komissio toteaa, että 19 jäsenvaltion soveltamat järjestelmät voidaan ”karkeasti ottaen” jakaa kolmeen luokkaan:

- a) konsernin sisäinen tappionsiirto (7 jäsenvaltioita);
- b) konsernin verotulosten kokoaminen (11 jäsenvaltioita); tai
- c) täydellinen verokonsolidointi (1 jäsenvaltio)<sup>23</sup>

Ilmaisulla ”konsernin sisäinen tappionsiirto” tarkoitetaan konsernin sisäistä tappiontasausta, kuten Iso-Britannian group relief -järjestelmän mukaista tappionsiirtoa ja konserniavustusta. Syy, miksi konserniavustus ja group relief kuuluvat komission mielestä samaan ryhmään,

---

<sup>20</sup> Kok,

<sup>21</sup> Ks. 2.2.

<sup>22</sup> Kok 2010, 668

<sup>23</sup> Komissio 2006, s. 7.

lienee siinä, että, silloin kun konserniavustusta käytetään vain tappiontasaukseen, sillä päädytään taloudellisessa samaan lopputulokseen kuin group relief -järjestelmän mukaisella tappionsiirrolla. Verotulosten kokoamisjärjestelmässä erillisyhtiöiden verotulokset kootaan yhteen emoyhtiötasolla ja konserniyhtiöihin sovelletaan yhteisverotusta. Täydellinen verokonsolidointi on pisimmälle viety järjestelmä, jossa konserniyhtiöt oikeushenkilöinä sivuutetaan ja konsernin sisäiset liiketoimet eliminoidaan, jonka jälkeen verotettava tulos määritetään yhden konsernituloslaskelman perusteella. Kaikki mainitut järjestelmät kotimaan sisällä sovellettuna mahdollistavat konsernin sisällä täysimääräisen tappiovähennyksen konserniyhtiöiden kesken. Näin ollen konsernituloksen ollessa nolla tai negatiivinen erillisyhtiöt eivät joudu maksamaan veroa positiivisista tuloksistaan, vaan ne voidaan kuitata muiden yhtiöiden tappioita vastaan.<sup>24</sup>

Useimpien jäsenvaltioiden konserniverojärjestelmät eivät mahdollista konserniyhtiölle syntyneen tappion vähentämistä silloin, kun kyseinen yhtiö asuu verotuksellisesti toisessa jäsenvaltiossa. Tämä aiheuttaa haittaa verotuksen neutraliteetille ja vaikuttaa verovelvollisten tekemiin päätöksiin. Konsernin sisäisten tappioiden lisäksi ongelmana ovat yhden yhtiön sisäiset tappiot rajat ylittävässä tilanteessa. Jos nimittäin yhtiön asuinvaltio on verosopimuksessaan sitoutunut noudattamaan vapautusmenetelmää, sopimusvaltiossa sijaitsevalle kiinteälle toimipaikalle syntyneet tappiot eivät ilman erityissäännöksiä ole vähennyskelpoisia yhtiön verotuksessa sen asuinvaltiossa.<sup>25</sup>

Komissio toteaa, että rajat ylittävän tappiovähennysmahdollisuuden puuttuminen muun muassa suosii kotimaisia investointeja ja rajoittaa muihin jäsenvaltioihin tehtäviä investointeja. Rajat ylittävien investointien osalta nykyinen tilanne suosii investointeja suuriin jäsenvaltioihin, koska suurten jäsenvaltioiden yritykset pystyvät paremmin hyödyntämään suurtuotannon ja tuotevarioinnin etuja kuin pienemmillä markkinoilla toimivat yritykset. Lisäksi rajat ylittävän tappiovähennysmahdollisuuden puuttuminen suosii enemmän suuryrityksiä kuin pk-yrityksiä, koska suuryrityksillä on yleensä enemmän toimintaa eri jäsenvaltioissa, jolloin tappioiden kattaminen eri jäsenvaltioissa on niille helpompaa. Komission mukaan nämä vääristymät korottavat sekä yritysten että kuluttajien hintoja aiheuttaen hyvinvoinnin menetyksiä. Myös hallitsevat yritykset häviävät pidemmällä

---

<sup>24</sup> Komissio 2006, s. 7.

<sup>25</sup> Kiinteän toimipaikan verotuksesta ks. luku 2.3.



aik, kun kilpailun vähetessä niihin kohdistuu vähemmän painetta lisätä innovointia ja tehostaa toimintaansa.<sup>26</sup>

Tiedonannossaan komissio kannustaa jäsenvaltioita ottamaan käyttöön järjestelmiä, joissa konsernin sisäiset tappiot ja kiinteälle toimipaikalle syntyneet tappiot voitaisiin huomioida myös rajat ylittävissä tilanteissa. Komissio ehdottaa jäsenvaltioille kolmea vaihtoehtoista järjestelmää:

- a) Pysyvät tappiosiirto
- b) Väliaikainen tappiosiirto (recapture-järjestelmä)
- c) Konsolidoitujen voittojen järjestelmä

Ensimmäisessä vaihtoehdossa tappiosiirrot sallittaisiin rajat ylittävissä tilanteissa ja verotulojen menettämisen estämiseksi kehitettäisiin selvitysjärjestelmä, jossa tappiosiirrosta hyötynyt jäsenvaltio maksaa korvauksen tappiosiirrosta kärsineelle jäsenvaltiolle. Toinen vaihtoehto olisi niin sanottu recapture-järjestelmä, jota ehdotettiin sijoittautumisvapautta vähemmän rajoittavaksi toimenpiteeksi EU-tuomioistuimen ratkaisuisa Marks & Spencer, Lidl Belgium ja X Holding. Recapture-järjestelmä toimisi ratkaisuna myös kiinteiden toimipaikkojen tappioiden vähennyskelvottomuuden ongelmaan. Kolmas vaihtoehto on se, että ulkomaisia tytäryhtiöitä kohdeltaisiin verotuksessa kuten kiinteitä toimipaikkoja, jolloin niiden tuloksia verotettaisiin emoyhtiön asuinvaltiossa ja kaksikertainen verotus poistettaisiin hyvitysmenetelmällä.<sup>27</sup> Kolmas vaihtoehto vastaa Hollannissa käytössä olevaa verokonsolidointijärjestelmää.

### **2.2.1. Iso-Britannian group relief -järjestelmä**

Iso-Britanniassa on käytössä niin sanottu group relief -järjestelmä (tai konsernihuojennusjärjestelmä). Group relief -järjestelmällä mahdollistetaan tappionsiirto tappiolliselta yhtiöltä toiselle samaan konserniin kuuluvalle yhtiölle.<sup>28</sup> Edellytyksenä tappionsiirrolle on se, että siirrossa osapuolina olevien yhtiöiden on asuttava verotuksellisesti Iso-Britanniassa.<sup>29</sup> Kyseessä on vain verotuksessa tapahtuva tappionsiirto<sup>30</sup>, johon ei liity todellista, kirjanpitoon kirjattavaa siirtotapahtumaa, kuten konserniavustusta annettaessa.

---

<sup>26</sup> Komissio 2006, s. 3.

<sup>27</sup> Komissio 2006, s. 9.

<sup>28</sup> ICTA 402§, mom. 1-2.

<sup>29</sup> ICTA 413§, mom. 5.

<sup>30</sup> ICTA 403§, mom. 1.

Konserniavustus on myös kirjanpidon tulokseen vaikuttava avustus, joka voidaan antaa myös voitolliselle yhtiölle. Tässä mielessä se on group relief -järjestelmää pidemmälle menevä järjestelmä. Group relief -järjestelmässä, kuten konserniavustusjärjestelmässäkin, konserniyhtiöitä kohdellaan erillisinä verovelvollisina (vrt. Hollannin järjestelmä). Silloin kun konserniavustusta käytetään vain tappioiden kattamiseen, sillä on käytännössä sama taloudellinen vaikutus kuin group relief -järjestelmän tappionsiirrolla.<sup>31</sup>

EU-oikeuden ja sijoittautumisvapauden kannalta ongelmaksi on muodostunut group relief -sääntöjen vaatimus tappionsiirrossa osapuolina olevien yhtiöiden kotimaisuudesta. Marks & Spencer -tuomiossa oli kyse group relief -järjestelmän sijoittautumisvapautta rajoittavasta luonteesta. Kotimaisuusvaatimuksen vuoksi Marks & Spencer ei voinut vähentää verotettavasta tuloksestaan Saksassa ja Belgiassa asuvien tytäryhtiöidensä tappioita. Järjestelmän katsottiin rajoittavan sijoittautumisvapautta, mutta tämä rajoitus voitiin kuitenkin perustella hyväksyttävillä oikeuttamisperusteilla. Rajoitusta ei kuitenkaan voitu hyväksyä silloin, kun tytäryhtiöiden toiminta oltiin lopettamassa ja tappiot olivat jäämässä ”lopullisiksi”.

### **2.2.2. Suomen konserniavustusjärjestelmä**

Suomen konserniavustusjärjestelmästä säädetään konserniavustuslaissa. Myös Ruotsissa on käytössä hyvin samankaltainen järjestelmä, joka on Suomen järjestelmän esikuva.<sup>32</sup> Konserniavustuksen voi antaa kotimainen yhtiö toiselle samaan konserniin kuuluvalla kotimaisella yhtiöllä. Sen voi siis antaa emoyhtiö tytäryhtiölle, tytäryhtiö emoyhtiölle, tai tytäryhtiö toiselle emoyhtiön omistamalle tytäryhtiölle, eli sisaryhtiölle. Sekä avustuksen antajan että saajan on kuitenkin aina oltava kotimainen yhtiö. Lisäksi lain soveltaminen edellyttää emoyhtiöltä 9/10-osan omistusosuutta tytäryhtiöstä, tai -yhtiöistä, jotka ovat konserniavustuksen antamisessa osapuolina.<sup>33</sup> Lain sanamuodon mukaan konserniavustuksen osapuolena ei voisi olla ulkomaisen yhtiön Suomessa sijaitseva kiinteä toimipaikka. Lisäksi laki edellyttää, että 9/10-osan omistusosuuteen lasketaan vain kotimaisten emoyhtiön ja tytäryhtiöiden omistukset. Oikeuskäytännössä on kuitenkin verosopimusten syrjintäkieltoartiklan perusteella katsottu, että avustuksen saajana tai

---

<sup>31</sup> Komissio 2006, s. 7. Komissio on jakanut jäsenvaltioiden konserniverojärjestelmät kolmeen ryhmään, joista kaksi muuta on ”verotulosten kokoaminen” ja ”täydellinen verokonsolidointi”.

<sup>32</sup> Kuivisto 2010, s. 40.

<sup>33</sup> KonsAvL 3§.

antajana voi olla ulkomaisen yhtiön kiinteä toimipaikka, ja että suomalaisen emoyhtiön omistamien ulkomaisten yhteisöjen omistukset suomalaisissa tytäryhtiöissä on huomioitava kun lasketaan 9/10-osan omistusosuutta.<sup>34</sup>

Kun laissa ja oikeuskäytännössä määritellyt edellytykset täyttyvät, annettu konserniavustus vähennetään antajansa verotettavasta tulosta ja luetaan saajansa veronalaiseksi tuloksi sinä verovuotena, kun avustus on annettu.<sup>35</sup> Konserniavustus ei ole vain verotuksessa tehtävä vähennys ja tulonlisäys, vaan laki edellyttää, että vastaavat meno- ja tulokirjaukset on tehty myös antajan ja saajan kirjanpidossa.<sup>36</sup>

Konserniavustus on siis tosiasiassa annettava avustus eikä vain verotuksessa tapahtuva tappiontasaus, kuten esimerkiksi Iso-Britannia group relief -järjestelmän mukainen tappionsiirto.<sup>37</sup> Konserniavustusjärjestelmää voidaan pitää pidemmälle menevä järjestelmänä kuin group relief -järjestelmää ja muita järjestelmiä, jotka perustuvat vain verotuksessa tapahtuvaan tappionsiirtoon tappiollisesta konserniyhtiöstä voitolliseen yhtiöön.<sup>38</sup> Järjestelmä mahdollistaa avoimen tuloksensiirron konserniyhtiöiden välillä, sillä konserniavustuslaki ei edellytä saajayhtiön olevan tappiollinen, vaan avustuksen voi antaa myös voitolliselle yhtiölle. Koska konserniavustus on sen verovuoden tuottoa, jona se on suoritettu ja koska konserniavustusta voi suorittaa myös tytäryhteisöltä emoyhteisölle, se on joustava ja nopea vaihtoehto osingonjaolle. Tilikauden tulos voidaan jakaa osinkona vasta tilikauden jälkeen, kun taas konserniavustus voidaan maksaa emolle jo tilikauden aikana heti tuloksen synnyttyä.<sup>39</sup> Jos ulkomaiselle yhteisölle annettava konserniavustus olisi *rajoituksetta* vähennyskelpoinen antajan verotuksessa, mutta Suomi ei voisi verottaa ulkomaista yhteisöä saamastaan avustuksesta, järjestelmä mahdollistaisi voitonsiirron ulkomaille. Tämä on ymmärrettävästi haluttu estää.<sup>40</sup>

---

<sup>34</sup> Andersson et al., 2009, s. 784–787. Ks. ratkaisut KHO 1992 B 509 kiinteiden toimipaikkojen osalta ja KHO 2003:79 ulkomaisen yhtiön kautta välillisesti omistetun tytäryhtiön osalta.

<sup>35</sup> KonsAvL 4§.

<sup>36</sup> KonsAvL 5§. Edellä mainittujen lisäksi lain soveltaminen edellyttää muun muassa, että konserniavustus ei saa ylittää antajansa elinkeinotoiminnan tulosta ennen avustuksen antamista ja että sen on annettava liiketoimintaa varten. Ks. tarkemmin KonsAvL 1-8§.

<sup>37</sup> Tosin, konserniavustuksen vähennyskelpoisuus ei edellytä sitä, että konserniavustus olisi tosiasiassa maksettu avustuksen saajalle ao. verovuonna.

<sup>38</sup> Haslehner 2010, s. 35.

<sup>39</sup> Andersson et al., 2009, 788–789.

<sup>40</sup> Andersson et al., s. 786.

Toistaiseksi ainoa EU-tuomioistuimen antama konserniavustusjärjestelmää koskeva ennakkoratkaisu – sekä Suomen että Ruotsin osalta – on Oy AA.<sup>41</sup> Ratkaisussaan tuomioistuin katsoi, että sijoittautumisvapauden kanssa ei ole ristiriidassa Suomen lainsäädännön mukaan perustettu järjestelmä, jonka mukaan suomalainen tytäryhteisö voi vähentää veronalaisesta tulostaan emoyhteisölle antamansa konserniavustuksen vain, jos emoyhteisön verotuksellinen asuinpaikka on myös Suomessa.<sup>42</sup> Vaikka Oy AA -tuomiossa oli kyse suomalaisen tytäryhtiön antamasta konserniavustuksesta ulkomaiselle emoyhtiölleen, KHO on tulkinnut niin, että Oy AA -tuomiossa käsiteltiin laajemminkin konserniavustusjärjestelmän EU-oikeuden mukaisuutta. Päätöksessään KHO:2007:92, KHO katsoi, että konserniavustuslaki ei ole ristiriidassa sijoittautumisvapauden kanssa edes tilanteessa, jossa konserniavustus annetaan toisessa jäsenvaltiossa asuvan tytäryhtiön lopullisten tappioiden kattamiseksi. Päätös perustui pitkälti Oy AA-tuomioon.<sup>43</sup> Ruotsin Regeringsrätten on omissa vastaavalaisissa tapauksissaan päätenyt päinvastaiseen tulkintaan. Regeringsrätten on ratkaisuisaan hyväksynyt vähennyskelpoiseksi konserniavustuksen, jonka emoyhtiö antaa toisessa jäsenvaltiossa asuvan tytäryhtiönsä lopullisten tappioiden kattamiseksi.<sup>44</sup> KHO:n ja Regeringsrättenin eriäviin tulkintoihin palataan luvussa 4.5.

Rajat ylittävien tappioiden vähennysoikeus on ilmeisin ja tärkein konserniavustusjärjestelmän ongelma sijoittautumisvapauden kannalta. Toisena ongelmana voidaan nähdä järjestelmän mahdollistama avoin tuloksensiirto myös voitollisten yhtiöiden kesken. Tappiontasaukseen liittyvät ongelmat sijoittautumisvapauden kannalta on mahdollista korjata esimerkiksi ottamalla käyttöön recapture-menetelmä ulkomaisten tappioiden huomioimiseksi. Avointa tuloksensiirtoa konserniyhtiöiden kesken ei sen sijaan ole rajat ylittävässä tilanteessa mahdollista sallia. Tältä osin konserniavustusjärjestelmä suosisi edelleen, mahdollisista muutoksista huolimatta, kansallisia tilanteita enemmän kuin rajat ylittäviä tilanteita. Todennäköisintä onkin, että konserniavustusjärjestelmästä tullaan tulevaisuudessa luopumaan ja käyttöön otetaan jokin muissa jäsenvaltioissa käytössä olevista järjestelmistä.

---

<sup>41</sup> C-231/05 Oy AA. Tapausta käsitellään tarkemmin luku 4.2.

<sup>42</sup> C-231/05 Oy AA, kohta 67.

<sup>43</sup> Ks. KHO:2007:92

<sup>44</sup> Penttilä 2009, s. 465–466.

### 2.2.3. Hollannin verokonsolidointijärjestelmä

Hollannissa on käytössä hyvin pitkälle menevä järjestelmä nimeltään verokonsolidointijärjestelmä. Konserniin kuuluvat yhtiöt voivat halutessaan perustaa ”verotuksellisen yksikön”. Verotukselliseen yksikköön kuuluvat tytäryhtiöt sivuutetaan verotuksessa kokonaan, jolloin tytäryhtiöiden toiminnot ja varallisuus katsotaan osaksi emoyhtiön toimintaa ja varallisuutta. Koko konsernin verot maksaa emoyhtiö. Edellytyksenä järjestelmän soveltamiselle on, että emoyhtiö omistaa tytäryhtiöstä vähintään 95 prosenttia ja että molemmat asuvat verotuksellisesti Hollannissa. Kotimaisten tytäryhtiöiden lisäksi järjestelmää sovelletaan ulkomaisiin (ja kotimaisiin) kiinteisiin toimipaikkoihin.<sup>45</sup> Käytännössä järjestelmän soveltaminen johtaa siihen, että verotusyksikköön kuuluvia tytäryhtiöitä kohdellaan verotuksellisesti samalla tavalla kuin kiinteitä toimipaikkoja.<sup>46</sup> Hollannin verokonsolidointijärjestelmää vastaavaa järjestelmää ei ole käytössä muissa jäsenvaltioissa. Termiä ”verokonsolidointi” saatetaan kuitenkin käyttää myös verotulosten kokoamisjärjestelmistä, joissa konserniin kuuluvien verotulokset kootaan yhteen, minkä jälkeen konserniin sovelletaan yhteisverotusta.<sup>47</sup>

Hollannin järjestelmää puitiin EU-tuomioistuimen ratkaisussa X Holding.<sup>48</sup> Ratkaisussa tuomioistuin ei katsonut Hollannin järjestelmän olevan ristiriidassa perustamissopimuksen takaaman sijoittautumisvapauden kanssa, kun järjestelmässä sallittiin verotusyksikön muodostaminen ainoastaan kotimaisten yhtiöiden kanssa. X Holding ja komissio olivat ehdottaneet vähemmän rajoittavana toimenpiteenä recapture-menetelmän soveltamista ulkomaisiin tytäryhtiöihin. Käytännössä tämä tarkoittaisi sitä, että tytäryhtiöt rinnastettaisiin verotuksessa kiinteisiin toimipaikkoihin, jolloin niiden tappiot huomioitaisiin, mutta Hollanti voisi tulevana vuosina verottaa emoyhtiötä tytäryhtiöiden positiivisista tuloksista aiemmin huomioitujen tappioiden määrään saakka.<sup>49</sup> Tuomioistuin ei kuitenkaan tarttunut tähän syöttiin perustelematta asiaa kovin vahvasti suhteellisuusperiaatteen kannalta. Mielenkiintoinen kysymys on, mikä on tuomioistuimen kanta koskien Hollannin järjestelmän rajoittavuutta tilanteessa, jossa ulkomaisen tytäryhtiön tappiot ovat lopullisia. Tuomioistuimen melko epäselvistä perusteluista tämä ei käy ilmi. Vaikka ratkaisu ei

---

<sup>45</sup> C-337/08 X Holding, kohta 5.

<sup>46</sup> van Thiel 2010 & Vascega, s. 344.

<sup>47</sup> Almendral 2010, s. 482–483.

<sup>48</sup> C-337/08 X Holding.

<sup>49</sup> C-337/08 X Holding, kohta 35.

käsittelekään Marks & Spencer -tuomion kaltaisia lopullisia tappioita, tuomion perusteluista on kuitenkin nähtävissä viitteitä siitä, että tuomioistuimien ei olisi edellyttänyt Hollannilta edes lopullisten tappioiden vähennysoikeuden myöntämistä.

### **2.3. Kiinteiden toimipaikkojen verotus**

Kiinteä toimipaikka eli sivuliike ei ole itsenäinen verovelvollinen kuten tytäryhtiö. Se on osa yritystä, jonka tulos on luonnostaan osa yrityksen tulosta. Silloin kun kiinteä toimipaikka on perustettu yrityksen kotimaahan, ei tarvita erillisiä kiinteän toimipaikan tuloksenlaskusääntöjä tai sen tulon veronalaisuuteen liittyviä sääntöjä. Kiinteistä toimipaikoista ei kuitenkaan varsinaisesti voida puhua kotimaisessa kontekstissa. Sen määritelmä löytyy muun muassa OECD:n malliverosopimuksesta.<sup>50</sup> Määritelmän mukaan kiinteällä toimipaikalla tarkoitetaan kiinteää liikepaikkaa, josta harjoitetaan yhtiön liiketoimintaa osaksi tai kokonaan. Termillä tarkoitetaan nimenomaan muussa kuin yrityksen asuinvaltiossa sijaitsevaa kiinteää liikepaikkaa.

Kiinteän toimipaikan tulo on usein veronalaista sekä kiinteän toimipaikan sijaintivaltiossa että sen yrityksen asuinvaltiossa, jolle kiinteä toimipaikka kuuluu. Tämä johtuu siitä, että valtiot soveltavat yleensä yhtäaikaaisesti asuinvaltio- ja lähdevaltioperiaatetta kiinteän toimipaikan tulon veronalaisuuden määrittelemiseksi.<sup>51</sup> Asuinvaltioperiaatteen perusteella valtiossa asuvia verovelvollisia verotetaan niiden kaikesta tulosta riippumatta siitä, missä niiden tulo on syntynyt tai missä niiden varallisuus sijaitsee (henkilöllinen liittymä). Lähdevaltioperiaatetta soveltava valtio puolestaan verottaa kaikkea sen alueella syntynyttä tuloa ja siellä sijaitsevaa varallisuutta riippumatta verovelvollisen asuinvaltiosta (taloudellinen liittymä).<sup>52</sup>

Verosopimusten, eli kaksinkertaisen verotuksen poistamiseksi tehtyjen valtioiden välisten sopimusten tarkoitus, on sopia verottamisoikeuden jakamisesta valtioiden kesken. Nimensä mukaisesti niiden avulla poistetaan kaksinkertainen verotus silloin, kun kaksi valtiota on lainsäädäntönsä mukaan oikeutettuja verottamaan tiettyä samaa tulotyyppiä tai varallisuutta. Asuinvaltio- ja lähdevaltioperiaatteen yhtäaikainen soveltaminen johtaa kansainväliseen monenkertaiseen verotukseen. Tulo voi olla syntynyt yhdessä valtiossa, mutta tulonsaaja asuu

---

<sup>50</sup> Ks. OECD:n mallisopimuksen 5 artikla (esim. versio 2003, 2008 tai 2010).

<sup>51</sup> Esimerkiksi Yhdysvalloissa verotusoikeus perustuu osittain myös kansallisuusperiaatteeseen. Ks. Helminen 2009, s. 45.

<sup>52</sup> Helminen 2009, s. 46.

toisessa valtiossa, jolloin molemmat valtiot katsovat voivansa verottaa kyseistä tuloa.<sup>53</sup> Kansainvälinen monenkertainen verotus johtaa edellä käsiteltyihin neutraalisuushäiriöihin ja kilpailun vääristymiin, mistä syystä se pyritään poistamaan kansallisessa lainsäädännössä ja verosopimuksin. Verosopimuksissa kansainvälinen monenkertainen verotus voidaan poistaa hyvitys-, vapautus- tai vähennysmenetelmää soveltamalla.<sup>54</sup>

Verosopimusten liiketuloja koskevan pääsäännön mukaan yrityksiä verotetaan niiden liiketuloista ainoastaan niiden asuinvaltioissa. Muu sopimusvaltio kuin yrityksen asuinvaltio voi verottaa yritystä vain sen alueella sijaitsevan kiinteän toimipaikan osalta.<sup>55</sup> Kiinteän toimipaikan sijaintivaltion verotusoikeus ei poista yrityksen asuinvaltion oikeutta verottaa yritystä sen maailmanlaajuisesta tuloksesta, mukaan lukien kiinteän toimipaikan tulos. Jotta kiinteän toimipaikan tuloa ei verotettaisi kahteen kertaan, asuinvaltio on verosopimustilanteessa velvollinen poistamaan kiinteän toimipaikan tulon kaksinkertaisen verotuksen. Kaksinkertaisen verotuksen poistaminen tapahtuu verosopimuksen menetelmäartiklasta riippuen, joko hyvitys- tai vapautusmenetelmää käyttäen.<sup>56</sup>

### **2.3.1. Hyvitysmenetelmä**

Yleisin verosopimuksissa sovellettu menetelmä kaksinkertaisen verotuksen poistamiseksi on hyvitysmenetelmä. Kun kahden valtion välisessä sovelletaan hyvitysmenetelmää, asuinvaltio lukee yrityksen veronalaiseen tuloon myös ulkomaiseen kiinteään toimipaikkaan liittyvät tulot. Kiinteän toimipaikan sijaintivaltiossa samalta ajankohdalta ja samasta tulosta maksettu vero vähennetään (hyvitetään) yrityksen asuinvaltiossa maksettavasta verosta. Maksettu vero hyvitetään enintään siihen määrään saakka, joka olisi samansuuruisesta tulosta veronalaista asuinvaltion verotuksessa. Kiinteän toimipaikan tulosta jää siis rasittamaan aina vähintään asuinvaltion yritysveroprosentin suuruinen vero tai tätä suurempi kiinteän toimipaikan sijaintivaltion yritysveroprosentin suuruinen vero.<sup>57</sup>

EU-oikeuden ja sijoittautumisvapauden näkökulmasta hyvitysmenetelmällä tapahtuva kaksinkertaisen verotuksen poistaminen ei ole ongelma. Kiinteälle toimipaikalle syntyvät tappiot huomioidaan laskettaessa yrityksen verotettavaa tuloa sen asuinvaltiossa. Kiinteän

---

<sup>53</sup> Helminen 2009, s. 48–49. Monenkertaista verotusta voi syntyä myös kaksoisasumiskonflikteissa, joissa useampi valtio katsoo olevansa verovelvollisen asuinvaltio.

<sup>54</sup> Helminen 2009, s. 50.

<sup>55</sup> Helminen 2009, s. 159–160.

<sup>56</sup> Helminen 2009 s. 164–165.

<sup>57</sup> Ks. esim. Komissio 2006, s. 5.

toimipaikan sijaintivaltion on kohdeltava kiinteää toimipaikkaa verotuksessa yhtä edullisesti kuin omia kansalaisiaan, mikä perustuu sekä verosopimusten syrjintäkieltoon että SEUT 49 artiklan sijoittautumisvapauteen.<sup>58</sup> Sijoittautumista toiseen jäsenvaltioon ei rajoita yrityksen asuinvaltio eikä kiinteän toimipaikan sijaintivaltio. Yrityksen kokonaisverotus voi kasvaa ainoastaan johtuen sijoittautumisvaltion korkeammasta yritysveroprosentista.

### 2.3.2. Vapautusmenetelmä

Kun sovelletaan vapautusmenetelmää, kiinteän toimipaikan tulos ”vapautetaan” asuinvaltion verotuksesta, jolloin sitä ei lueta yrityksen verotettavaan tuloon sen asuinvaltiossa. Kiinteän toimipaikan verorasitus määräytyy yksinomaan sijaintivaltion veroprosentin mukaan. Yritysten kannalta edullisia ovat tilanteet, joissa niiden asuinvaltio on sitoutunut noudattamaan vapautusmenetelmää sellaisen valtion kanssa, jonka yritysveroprosentti on alhaisempi kuin asuinvaltiossa.<sup>59</sup> Kääntöpuolena on, että myöskään kiinteän toimipaikan tappioita ei huomioida asuinvaltiossa yrityksen verotettavaa tuloa laskettaessa. Tappioiden vähennyskelvottomuus yrityksen asuinvaltiossa tekee vapautusmenetelmästä ongelmallisen EU-oikeuden näkökulmasta. Tästä johtuen yritykselle voi nimittäin olla epäedullisempaa perustaa kiinteä toimipaikka toiseen jäsenvaltioon kuin kotimaahansa.

EU-tuomioistuimen oikeuskäytännön perusteella on jo pitkään ollut selvää, että ristiriitatilanteessa EU-oikeudella on etusija suhteessa kansalliseen lainsäädäntöön ja verosopimukseen.<sup>60</sup> EU-vero-oikeudessa ei ole kuitenkaan otettu yleistä kantaa siihen kummalla menetelmällä, hyvitys- vai vapautusmenetelmällä, kaksinkertainen verotus tulisi poistaa.<sup>61</sup> EU-tuomioistuin on ainakin joissain tapauksissa ollut pidättyväisempi puuttumaan jäsenvaltioiden solmimiin verosopimukseen kuin sijoittautumisvapautta rajoittavaan kansalliseen lainsäädäntöön. Ratkaisussa C-376/03 D. v. Inspecteur tilanteiden vertailukelpoisuuden ei katsottu toteutuvan, mikä johtui siitä, että erilainen kohtelu aiheutui kansallisen säännöksen sijaan verosopimuksesta.<sup>62</sup> Tapauksessa D siis käytännössä katsottiin, että sisämarkkinoilla kaksi jäsenvaltiota voi yhteisesti sopimalla syrjiä verovelvollista, mitä he eivät voi kuitenkaan itsenäisesti tehdä.<sup>63</sup> Tuomiossa C-414/06 Lidl Belgium

---

<sup>58</sup> Helminen 2009 s. 177.

<sup>59</sup> Helminen 2009 s. 166–167.

<sup>60</sup> Helminen 2009, s. 58.

<sup>61</sup> Helminen 2009, s. 61–62.

<sup>62</sup> Ks. Lang 2006a, s. 423 ja C-376/03 D. v. Inspecteur.

<sup>63</sup> van Thiel 2008a, s. 342–343.



vapautusmenetelmän soveltamisen katsottiin kuitenkin rajoittavan sijoittautumisvapautta huolimatta siitä, että erilainen verokohtelu johtui verosopimuksesta eikä kansallisesta verosäännöksestä.<sup>64</sup>

Vapautusmenetelmää on mahdollista soveltaa myös tavalla, joka ei rajoita SEUT 49 artiklan takaamaa sijoittautumisvapautta. Tällä hetkellä viisi jäsenvaltiota soveltaa recapture-järjestelmää, jossa kiinteän toimipaikan tappiot voidaan huomioida yrityksen asuinvaltion verotuksessa verosopimuksen vapautusmenetelmästä huolimatta.<sup>65</sup> Järjestelmää sovellettaessa asuinvaltio huomioi ulkomaisen kiinteän toimipaikan tappiot yhtiön verotuksessa jo niiden syntyvuonna ja vastaavasti verottaa yhtiötä kiinteän toimipaikan tulevien vuosien voitollisia tuloksia aiemmin vähennettyjä tappioita vastaavaan määrään saakka. Recapture-menetelmää voidaan pitää sijoittautumisvapautta vähemmän rajoittavana, ja sitä olisi mahdollista soveltaa myös tytäryhtiöiden tappioiden huomioimiseksi.<sup>66</sup> Menetelmän soveltamista esitettiin sijoittautumisvapautta vähemmän rajoittavana toimenpiteenä tuomioissa Marks & Spencer, Lidl Belgium ja X Holding.<sup>67</sup> Tuomioistuimien ei kuitenkaan katsonut suhteellisuusperiaatteen edellyttävän järjestelmän käyttöönottoa edellä mainituissa ratkaisuissa. Komissio on rajat ylittävien tappioiden verokohtelua käsittelevässä tiedonannossaan kannustanut jäsenvaltioita ottamaan käyttöön recapture-järjestelmän sekä ulkomaisten kiinteiden toimipaikkojen että tytäryhtiöiden tappioiden huomioimiseksi.<sup>68</sup>

---

<sup>64</sup> Lidl Belgium -ratkaisussa sijoittautumisvapauden rajoitus oli kuitenkin perusteltavissa oikeuttamisperusteilla. Ks. luku 4.3.

<sup>65</sup> Ks. esim. Komissio 2006, s. 5.

<sup>66</sup> De Wilde 2010, s. 179.

<sup>67</sup> Näistä Marks & Spencer ja X Holding käsittelevät tytäryhtiölle syntyneitä tappioita, Lidl Belgium kiinteän toimipaikan tappioita. Näitä kolmea tapausta käsitellään tässä tutkielmassa luvuissa 4.1., 4.3. ja 4.5.

<sup>68</sup> Komissio 2006, s. 5-6 ja 8. Recapture-järjestelmää esitettiin ratkaisuksi ulkomaisten tytäryhtiöiden tappioiden huomioimiseksi jo vuonna 1990 tehdyssä direktiiviehdotuksessa KOM(90) 595 lopullinen.

### 3. EU-tuomioistuimen ratkaisukäytännöstä

#### 3.1. Ennakkoratkaisumenettely

Euroopan unionin toimivalta määräytyy annetun toimivallan periaatteen mukaisesti. Toimivalta, jota ei ole annettu unionille, kuuluu jäsenvaltioille.<sup>69</sup> Näin ollen välitön verotus, josta ei ole säädetty perussopimuksissa, kuuluu jäsenvaltioiden toimivaltaan. Jäsenvaltioiden on kuitenkin käytettävä tätä toimivaltaansa unionin oikeutta noudattaen.<sup>70</sup> Tämä sisältää velvollisuuden noudattaa Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 49 artiklaa, jossa kielletään rajoitukset, jotka koskevat jäsenvaltion kansalaisen vapautta sijoittautua toisen jäsenvaltion alueelle.<sup>71</sup>

EU-tuomioistuimen<sup>72</sup> tehtävä on huolehtia siitä, että perussopimusten tulkinnassa ja soveltamisessa noudatetaan lakia.<sup>73</sup> Tuomioistuimella on toimivalta antaa ennakkoratkaisu a) perussopimusten tulkinnasta ja b) unionin toimielimen, elimen tai laitoksen säädöksen pätevyydestä ja tulkinnasta. Jäsenvaltion tuomioistuin voi pyytää EU-tuomioistuimen ennakkoratkaisua, jos se katsoo, että tietyn kysymyksen ratkaiseminen sitä vaatii. Ylimmillä tuomioistuimilla, joiden päätöksiin ei kansallisen lainsäädännön mukaan voi hakea muutosta, on myös velvollisuus pyytää ennakkoratkaisua epäselviin EU-oikeuden tulkintakysymyksiin.<sup>74</sup> Epäselvissä asioissa hallinto-oikeudet voivat siis hakea tuomioistuimen ennakkoratkaisua, kun taas KHO:lla on siihen velvollisuus. Sellaisesta EU-oikeuden tulkintakysymyksestä, josta on jo aiempaan EU-tuomioistuimen oikeuskäytäntöön perustuva tulkintaohje (*acte éclairé*) tai jos ratkaisu on muuten ilmeinen (*acte clair*), ei tarvitse hakea ennakkoratkaisua. EU-tuomioistuimen antama ennakkoratkaisu sitoo sekä ennakkoratkaisua pyytäneitä kansallista tuomioistuinta että muita kansallisia muutoksenhakuviranomaisia niiden käsitellessä samaa asiaa.<sup>75</sup> Tuomioistuin kertoo ennakkoratkaisuissaan kuinka tiettyä oikeussääntöä olisi täytynyt tulkita sen tullessa voimaan. Näin ollen tuomioistuimen ratkaisujen vaikutukset

---

<sup>69</sup> SEU 5.

<sup>70</sup> C-446/03 Marks & Spencer, kohta 29 ja C-231/05 Oy AA, kohta 18. Ratkaisuissa puhutaan yhteisön oikeudesta. Lissabonin sopimuksen jälkeen käytetään termiä unionin oikeus.

<sup>71</sup> SEUT 49.

<sup>72</sup> Euroopan unionin tuomioistuin (ennen Lissabonin sopimusta 30.11.2009 asti EY-tuomioistuin).

<sup>73</sup> SEU 19.

<sup>74</sup> SEUT 267.

<sup>75</sup> Helminen 2008, s. 291–293.

voivat ulottua pitkälle aiempiin verovuosiin ja ratkaisujen seurauksena saatetaan joutua muuttamaan aiempien vuosien verotuksia.<sup>76</sup>

### **3.2. Sijoittautumisvapaus ja Rule of Reason -periaate**

SEUT 49 artiklassa kielletään rajoitukset, jotka koskevat jäsenvaltion kansalaisen vapautta sijoittautua toisen jäsenvaltion alueelle. Lisäksi sopimuksessa kielletään rajoitukset, jotka estävät jäsenvaltion alueelle sijoittautuneita jäsenvaltion kansalaisia perustamasta kauppaedustajan liikkeitä, sivuliikkeitä ja tytäryhtiöitä. SEUT 49 artikla koskee yhtä lailla jäsenvaltiota, jonka alueelle sijoitaudutaan, kuin jäsenvaltiota, jonka kansalainen aikoo sijoittautua toiseen jäsenvaltioon.<sup>77</sup> Artiklan soveltaminen edellyttää vain, että jonkin EU-valtion kansalainen on käyttänyt oikeuttaan sijoittautua toiseen jäsenvaltioon.<sup>78</sup>

Oikeuskäytännön perusteella sijoittautumisoikeuden (tai -vapauden) rajoituksesta ei ole kyse silloin, kun kyseessä olevaa rajat ylittävää tilannetta ei voida jostain syystä pitää vertailukelpoisena vastaavan kotimaisen tilanteen kanssa. Tuomioistuin yleensä lopettaa asian arvioinnin, jos tilanteiden todetaan olevan keskenään vertailukelvottomia.<sup>79</sup> Sijoittautumisoikeus ei muutenkaan ole absoluuttinen oikeus, vaan jäsenvaltiot voivat rajoittaa sitä yleistä etua koskevista pakottavista syistä.<sup>80</sup> Sijoittautumisoikeutta voidaan rajoittaa ”jos sillä pyritään perustamissopimuksen mukaiseen, sallittuun tavoitteeseen ja jos sitä voidaan pitää perusteltuna yleistä etua koskevista pakottavista syistä. Lisäksi tällaisessa tilanteessa kyseisellä rajoituksella on voitava taata kyseessä olevan tavoitteen toteutuminen, eikä sillä saada ylittää sitä, mikä on tarpeen tämän tavoitteen saavuttamiseksi”.<sup>81</sup> Tämä tuomioistuimen lausuma pitää sisällään kaksi tämän tutkielman kannalta keskeistä käsitettä. Ensimmäinen on yleistä etua koskevat pakottavat syyt, eli oikeuttamisperusteet. Toinen on jälkimmäisestä lauseesta ilmenevä suhteellisuusperiaate, jonka mukaan rajoituksella ei saada ylittää sitä, mikä on tarpeen oikeuttamisperusteen taustalla olevan tavoitteen saavuttamiseksi.

---

<sup>76</sup> Penttilä et al., s. 360–361.

<sup>77</sup> C-446/03 Marks & Spencer, kohta 31 ja C-414/06 Lidl Belgium, kohta 19.

<sup>78</sup> Helminen 2008, s. 81.

<sup>79</sup> Lang 2006a, s. 421–422.

<sup>80</sup> SEUT 52.

<sup>81</sup> C-446/03 Marks & Spencer, kohta 35, C-414/06 Lidl Belgium, kohta 27 ja C-337/08 X Holding, kohta 26.

Edellä kuvatuista periaatteista voidaan rakentaa niin sanottu rule of reason -testi, jota tuomioistuin yleensä soveltaa arvioidessaan, onko jokin jäsenvaltion verosäännös ristiriidassa SEUT 49 artiklan takaaman sijoittautumisvapauden kanssa. Jotta verosäännöksen voidaan todeta olevan sopusoinnussa SEUT 49 artiklan kanssa, on otettava kantaa ainakin seuraaviin kysymyksiin:

- 1) kuuluuko tapaus perussopimuksien turvaaman vapaan sijoittautumisoikeuden (onko sijoittautumisoikeutta käytetty),<sup>82</sup>
- 2) ovatko kyseessä olevat rajat ylittävä ja kotimainen tilanne keskenään vertailukelpoisia,<sup>83</sup>
- 3) rajoitetaanko kyseessä olevilla säännöksillä vapautta sijoittautua toiseen jäsenvaltioon,<sup>84</sup>
- 4) onko sijoittautumisvapauden rajoitus perusteltavissa hyväksyttävillä oikeuttamisperusteilla,<sup>85</sup>
- 5) ylitetäänkö rajoituksella se mikä on rajoituksen taustalla olevien tavoitteiden saavuttamiseksi (suhteellisuusperiaate)<sup>86</sup>

Viimeaikaisissa rajat ylittävää tappiontasausta koskevissa ratkaisuissaan (Marks & Spencer, Oy AA, Lidl Belgium, Societe Papillon ja X Holding) tuomioistuin on noudattanut rule of reason -periaatteen osalta suunnilleen samaa kaavaa. Kyseessä olevan rajat ylittävän tilanteen on todettu olevan vertailukelpoinen kotimaisen tilanteen kanssa.<sup>87</sup> Tilanteiden ollessa vertailukelpoisia rajat ylittävän tilanteen epäedullisempi kohtelu suhteessa kotimaiseen tilanteeseen muodostaa kielletyn sijoittautumisvapauden rajoituksen. Kaikissa mainituissa tuomioissa kyseinen rajoitus on ollut perusteltavissa yhdellä tai useammalla hyväksyttävällä oikeuttamisperusteella.<sup>88</sup> Sijoittautumisvapautta rajoitettiin enemmän kuin on tarpeen ainoastaan tapauksessa Marks & Spencer. Siinä Iso-Britannian group relief -säännösten katsottiin olevan ristiriidassa SEUT 49 artiklan kanssa siltä osin, kun niissä ei sallittu

---

<sup>82</sup> Helminen 2008, s. 81.

<sup>83</sup> Lang 2006a, s. 421–422.

<sup>84</sup> C-414/06 Lidl Belgium, kohta 25.

<sup>85</sup> C-446/03 Marks & Spencer, kohta 35, C-414/06 Lidl Belgium, kohta 27 ja C-337/08 X Holding, kohta 26.

<sup>86</sup> C-446/03 Marks & Spencer, kohta 35, C-414/06 Lidl Belgium, kohta 27 ja C-337/08 X Holding, kohta 26.

<sup>87</sup> Tosin, tätä ei aina sanota tuomiossa ääneen.

<sup>88</sup> Yleensä sijoittautumisvapauden rajoitus on ollut perusteltavissa tarpeella säilyttää verotusvallan tasapainoinen jakautuminen jäsenvaltioiden kesken.

kotimaisen emoyhtiön vähentää toisessa jäsenvaltiossa asuvalle tytäryhtiölle syntyneitä ”lopullisia tappioita” verotettavasta tuloksestaan.<sup>89</sup>

Tuomioistuimen oikeuskäytännön perusteella hyväksyttävä syy eli oikeuttamisperuste perusvapauksia rajoittavalle menettelylle voi periaatteessa olla esimerkiksi jokin seuraavista:<sup>90</sup>

- verovalvonnan tehokkuuden turvaaminen,<sup>91</sup>
- tarve estää tappioiden käyttäminen kahteen kertaan,<sup>92</sup>
- verojärjestelmän sisäisen eheyden (johdonmukaisuuden) turvaaminen,<sup>93</sup>
- territoriaali- eli alueperiaate,<sup>94</sup>
- veronkiertämisen estäminen<sup>95</sup> ja
- verotusvallan tasapainoinen jakautuminen jäsenvaltioiden välillä.<sup>96</sup>

Oikeuttamisperusteeksi ei ole hyväksytty muun muassa seuraavia syitä: verotulojen vähentyminen<sup>97</sup>, muut valtion talouteen liittyvät syyt<sup>98</sup>, verolakien harmonisoimattomuus<sup>99</sup> ja haitan kompensoiva etu.<sup>100</sup>

Wattel toteaa, että ylivoimaisesti tärkein peruste perusvapauksien rajoittamiselle on tulojen ja menojen alueellinen kohtaaminen (territorial matching argument). Niin kauan kuin Unionin sisällä vaikuttaa 27 itsenäistä verojärjestelmää eikä verotusta ole harmonisoitu Unionin tasolla, jäsenvaltioilla täytyy pääsääntöisesti olla mahdollisuus määrittää ja säilyttää omat veropohjansa. Verotusvallan tasapainoisen jakautumisen jäsenvaltioiden välillä voidaan sanoa ilmentävän tätä tavoitetta.<sup>101</sup> Marks & Spencer -tuomiosta lähtien tuomioistuin on soveltanut usein tätä oikeuttamisperustetta. Ennen Marks & Spencer -tapausta käytössä olleet verojärjestelmän johdonmukaisuus ja alueperiaate ovat sittemmin jääneet lähes

---

<sup>89</sup> Ennakkoratkaisuja analysoitu tarkemmin luvussa 4.

<sup>90</sup> Helminen 2008, s. 106.

<sup>91</sup> Esim. 120/78 Cassis de Dijon, C-250/95 Futura, kohta 31 ja C-324/00 Lankhorst-Hohorst, kohta 36.

<sup>92</sup> C-446/03 Marks & Spencer, kohta 51.

<sup>93</sup> C-204/90 Bachmann.

<sup>94</sup> C-250/95 Futura.

<sup>95</sup> C-315/02 Lenz, kohta 27 ja C-436/00 X ja Y, kohta 48.

<sup>96</sup> Esim. C-446/03 Marks & Spencer, kohta 51, C-231/05 Oy AA, kohdat 55–56 ja C-337/08 X Holding, kohta 27.

<sup>97</sup> Lukuisia ratkaisuja. Ks. esim. 270/83 komissio vastaan Ranska (Avoir Fiscal), kohta 25 ja C-436/00 X ja Y, kohta 50.

<sup>98</sup> Esim. C-35/98 Verkoojien, kohdat 47–48.

<sup>99</sup> Esim. 270/83 komissio vastaan Ranska (Avoir Fiscal), kohta 24.

<sup>100</sup> Esim. 270/83 komissio vastaan Ranska (Avoir Fiscal), kohta 21, C-35/98 Verkoojien, kohta 61.

<sup>101</sup> Wattel 2007, s. 140.

unohduksiin.<sup>102</sup> Kaikki kolme mainittua oikeuttamisperustetta ilmentävät tulojen ja menojen alueellisen kohtaamisen tavoitetta ja ovat muutoinkin hyvin lähellä toisiaan. Wattelin mukaan verotusvallan tasapainoinen jakautuminen on vain uusi nimike verotusvallan johdonmukaisuudelle, joka puolestaan on identtinen alueperiaatteen kanssa.<sup>103</sup> Näiden kolmeen oikeuttamisperusteen keskinäistä suhdetta käsitellään tarkemmin luvussa 4.1.3.1.

### **3.3. Oikeuskäytännön kehitys**

Vielä 80-luvun loppupuolella välitön verotus oli melko koskematonta aluetta EU-oikeuden<sup>104</sup> näkökulmasta. EU-oikeus itsessään oli uutta ja EU-vero-oikeus koostui lähinnä perustamissopimuksen epämääräisistä vapaata liikkumisoikeutta sisämarkkinoilla koskevista maininnoista. EU-oikeus oli kehitysvaiheessaan, ja oikeuskäytännössä vallitsi tietynlainen juridisen aktivismin ja pioneeritapausten aikakausi. Tuolloin oli riittämiin kansallisia verosäännöksiä, jotka rajoittivat verovelvollisten perusvapauksia selkeästi. Ajan saatossa oikeuskäytäntö on kuitenkin muokannut kansallisia verojärjestelmiä enemmän EU-oikeuden mukaisiksi, eikä enää ole aina yhtä selvää, onko jokin tietty verosäännös EU-oikeuden mukainen vai ei. Nykyiset rajat ylittäviin tilanteisiin liittyvät vero-ongelmat ovat usein monimutkaisia ja vaikeasti analysoitavissa syrjinnän ja sisämarkkinoiden rajoittamisen näkökulmasta. Terra ja Wattel käyttävät viimeaikaisesta oikeuskäytännöstä termiä 'toinen sukupolvi' välittömän vero-oikeuden alueella.<sup>105</sup>

Tuomioistuimen viimeaikaisessa oikeuskäytännössä näkyy vahvasti tasapainottelu kahden toisiaan hylkivän näkökulman välillä: kiellon verottaa rajat ylittäviä tilanteita epäedullisemmin kuin kansallisia tilanteita sekä jäsenvaltioiden verosuvereniteetin välillä. Jäsenvaltion verotusoikeuden puolustaminen luonnollisesti heikentää integraatiokehitystä välittömän verotuksen alueella. Tuomioistuimen keskeinen tehtävä on löytää tasapaino jäsenvaltioiden verosuvereniteetin ja perusvapauksien välillä. Tuomioistuimen välitöntä verotusta koskevan oikeuskäytännön ensimmäiset 17 vuotta (vuoden 1986 tuomiosta 270/83 *Avoir fiscal* vuoden 2004 tuomioon C-319/02 *Manninen*) oli pitkälti verovelvollisten voittokulkua. Huomattavan useissa tuomioistuimen tuon aikaisissa ratkaisuissa päädyttiin

---

<sup>102</sup> Verojärjestelmän johdonmukaisuus hyväksyttiin pitkän tauon jälkeen oikeuttamisperusteeksi sijoittautumisvapauden rajoitukselle C-157/07 *Krankenheim*, kohta 43 ja sen jälkeen tuomiossa C-418/07 *Papillon*.

<sup>103</sup> Wattel 2007, s. 153–154. Vastakkainen näkemys, ks. van Thiel 2008, s. 281–282.

<sup>104</sup> Ennen Lissabonin sopimusta käytettiin nimitystä EY-oikeus ja EY-vero-oikeus.

<sup>105</sup> Terra & Wattel 2008, s. 344–345.

verovelvollisen eduksi lopputulokseen, jossa jäsenvaltion verolainsäädäntö katsottiin syrjiväksi tai perusvapauksia rajoittavaksi.<sup>106</sup>

Marks & Spencer -tuomiota voidaan pitää virstanpylväänä tuomioistuimen oikeuskäytännön kehityksessä. Ennen Marks & Spenceriä syrjiville tai perusvapauksia rajoittaville verosäännöksille oli erittäin harvoin löydettävissä EY-oikeudellisesti hyväksyttävä oikeuttamisperuste. Yleensä jäsenvaltio hävisi verojutun jo siinä vaiheessa, kun jokin sen lainsäädäntöön kuuluvista säännöksistä katsottiin joko syrjiväksi tai rajoittavaksi. Tältä osin Marks & Spencer ja sitä seurannut rajat ylittäviä tappioita koskeva oikeuskäytäntö on muuttanut tilanteen.<sup>107</sup> Tuomioistuin on selvästi siirtänyt painopistettään vertailukelpoisuuden arvioinnista suhteellisuusperiaatteen analysointiin. Suhteellisuusperiaateanalyysi on tuomioistuimelle selkeästi joustavampi työkalu tasapainotteluun verovelvollisten ja veronsaajien etujen välillä. Sen aiempi vertailukelpoisuusarviointia painottava lähestymistapa johti helposti ”joko tai” -tyyppisiin lopputuloksiin.<sup>108</sup> Marks & Spencer -tuomion jälkeen annetuissa tuomioissa Oy AA, Lidl Belgium, Societe Papillon ja X Holding sijoittautumisvapauden rajoitukselle oli löydettävissä yksi tai useampi hyväksyttävä oikeuttamisperuste. Oikeuttamisperusteen löytyminen on jo lähes selviö rajat ylittäviä tappioita käsittelevissä tapauksissa ja ratkaisujen lukijoiden mielenkiinto kohdistuu nykyään enemmän suhteellisuusperiaateanalyysiin.<sup>109</sup>

Vertailukelpoisuuden käsitteellä on ollut tuomioistuimen oikeuskäytännössä merkittävä rooli. EU-vero-oikeudessa rajat ylittävän tilanteen poikkeava verokohtelu verrattuna samanlaiseen kotimaiseen tilanteeseen on, ilman hyväksyttävää oikeuttamisperustetta, kielletty.<sup>110</sup> Poikkeava verokohtelu on kuitenkin sallittu tilanteessa, jossa rajat ylittävä tilanne ei ole vertailukelpoinen vastaavaan kotimaiseen tilanteeseen verrattuna.<sup>111</sup> Tuomioistuin tuntuu välillä sekoittaneen vertailukelpoisuuden arvioinnin oikeuttamisperusteiden arviointiin.<sup>112</sup> Lang toteaa, että jossain vaiheessa tuomioistuimen suhtautuminen ulkomaisten ja kotimaisten verovelvollisten vertailukelpoisuuteen näyttää muuttuneen. Ratkaisuisaan ”D”

---

<sup>106</sup> Terra & Wattel 2008, s. 344.

<sup>107</sup> Penttilä 2006, s. 7.

<sup>108</sup> Zalasinski 2007, s. 321.

<sup>109</sup> Ks. tarkemmin oikeuskäytäntöä käsittelevä luku 4.

<sup>110</sup> Terra & Wattel 2008, s. 339.

<sup>111</sup> Helminen 2007, s. 491.

<sup>112</sup> Sanders on myöhemmin esittänyt, että vertailukelpoisuuden ja oikeuttamisperusteiden arviointi ovat käytännössä yhtä ja samaa prosessia. Ks. Sanders 2011, s. 126–128 ja luku 4.5.5.

<sup>113</sup>, Schempp <sup>114</sup> ja Blanckaert <sup>115</sup> tuomioistuin totesi, että ulkomainen ja kotimainen verovelvollinen eivät ole pääsääntöisesti keskenään vertailukelpoisessa asemassa. Arvioidessaan tilanteiden vertailukelpoisuutta tuomioistuin käytti mainituissa tapauksissa samoja argumentteja, joita se oli aiemmin käyttänyt oikeuttamisperusteiden arviointiin. Ennen kyseisiä tapauksia tuomioistuin ei yleensä käyttänyt juuri aikaa vertailukelpoisuuden arviointiin, vaan oletti tiettyjen tilanteiden olevan vertailukelpoisia, jolloin se keskittyi oikeuttamisperusteiden arviointiin. Tilanteiden vertailukelpoisuuden arviointi ja oikeuttamisperusteiden arviointi näyttäisivät olleen tuomioistuimelle vaihtoehtoisia kulkureittejä arviointiin siitä, onko jokin verosäännös syrjivä tai perusvapauksia rajoittava. Sillä on kuitenkin suuri merkitys, kumpaa reittiä saavutaan päätelmään, jonka mukaan tietty verosäännös ei ole ristiriidassa perusvapauksien kanssa. Mikäli rajat ylittävän ja kotimaisen tilanteen todetaan olevan keskenään vertailukelvottomia, silloin kyseistä verosäännöstä ei tuomioistuimen käytännön mukaan voida pitää sijoittautumisvapautta rajoittavana. Jos taas tilanteita pidetään keskenään vertailukelpoisina, silloin rajoittava säännös on perusteltava yhdellä tai useammalla oikeuttamisperusteella, minkä lisäksi säännöksen on täytettävä myös suhteellisuusperiaatteen kriteerit.<sup>116</sup>

Vertailukelpoisuuden arviointikäytäntö on suhteellisuusperiaatteen kannalta ongelmallinen, mikä johtuu edellä kuvattujen arviointiprosessien erosta. Tuomioistuimen käytännön mukaan näyttää siltä, että silloin, kun rajat ylittävä ja kotimainen tilanne eivät ole keskenään vertailukelpoisia, jäsenvaltion lainsäätäjä saisi kohdella rajat ylittäviä tilanteita miten huvittaa, suhteellisuusperiaatteesta riippumatta. Lang toteaa, että myös erilaisen kohtelun tulisi riippua siitä, kuinka erilaisia tilanteet ovat. Tuomioistuin ei tavallisesti myönnä muuttaneen kantaansa, eikä se tehnyt niin tälläkään kertaa vertailukelpoisuuden arvioinnin suhteen. Tuomioistuimen mielestä tilanteiden vertailukelpoisuutta on aina arvioitu perusvapauksia koskevissa ratkaisuisa. Ainoa muutos olisi siten se, että sellaisia tapauksia, joissa vertailukelpoisuus ei ole toteutunut, on vain ollut enemmän.<sup>117</sup> Sittemmin tuomioistuin näyttää jälleen palanneen käytäntöön, jossa rajat ylittävä ja kotimainen tilanne katsotaan "helpommin" vertailukelpoiseksi. Tällöin sijoittautumisvapauden rajoitus on perusteltava hyväksyttävillä oikeuttamisperusteilla, minkä lisäksi rajoituksella ei saada ylittää

---

<sup>113</sup> C-376/03 D, kohta 61.

<sup>114</sup> C-403/03 Schempp, kohta 35.

<sup>115</sup> C-512/03 Blanckaert, kohta 50.

<sup>116</sup> Lang 2006a, s. 421–422.

<sup>117</sup> Lang 2006a, s. 422.



suhteellisuusperiaatteen asettamia rajoja. Tätä kaavaa on noudatettu muun muassa tässä tutkielmassa käsiteltävissä tapauksissa Marks & Spencer, Oy AA ja Lidl Belgium, Papillon ja X-holding. Tosin X Holding -tuomion osalta ei ole täysin selvää, palasiko tuomioistuin kyseisessä tuomiossa ”peiteltysti” soveltamaan subject-to-tax-lähestymistapaa. Tähän palataan luvussa X Holding -tuomiota käsittelevässä luvussa 4.5.

## 4. Rajat ylittäviä tappiota koskevat ennakkoratkaisut

### 4.1. Marks & Spencer

EU-tuomioistuimen ratkaisu C-446/03 Marks & Spencer on ehkä merkittävin rajat ylittäviä tappioita käsittelevä ratkaisu. EYT antoi ratkaisunsa 13.12.2005, mutta jo vuodesta 2002 lähtien tapaus on ollut suuren mielenkiinnon kohteena ja aiheesta on kirjoitettu lukuisia artikkeleita.<sup>118</sup> Jäsenvaltioissa pelättiin, että tuomioistuin päätyisi ratkaisuun, joka johtaisi veropohjien pakenemiseen rajojen yli. Useat jäsenvaltiot olivat valmistautuneet myös tarvittaessa muuttamaan konserninsisäistä tappiontasausta koskevia verolakejaan, mikäli tuomioistuin olisi edellyttänyt niitä hyväksymään tappiontasauksen rajoituksetta myös rajat ylittävissä tilanteissa.<sup>119</sup> Tuomioistuimeen kohdistuneen poliittisen paineen on täytynyt olla suuri.

Iso-Britannian group relief -säännöt sallivat konsernien siirtää verotuksessa tappiollisen konserniyhtiön tappiot voitolliseen konserniyhtiöön, jolloin konsernia verotetaan sen nettotuloksesta. Yhtenä edellytyksenä tappionsiirrolle on se, että sekä siirrossa osapuolina olevat konserniyhtiöt asuvat verotuksellisesti Iso-Britanniassa.<sup>120</sup> Marks & Spencer päätti vuonna 2001 lopettaa Belgiassa ja Saksassa sijainneiden tytäryhtiöiden tappiollisen liiketoiminnan ja vaati yhtiöiden vuosilta 1998–2001 syntyneitä tappioita vähennettäväksi emoyhtiön verotettavasta tuloksesta Iso-Britanniassa. Iso-Britannian lainsäädännön mukaan kyseisessä tilanteessa tytäryhtiöiden tappiot olisivat olleet vähennyskelpoisia, mikäli tytäryhtiöt olisivat olleet verotuksellisesti Iso-Britanniassa asuvia. Yhtiön vaatimusta ei hyväksytty verotuksessa eikä muutoksenhakuprosessissa, joten yhtiö valitti maan ylimpään oikeusasteeseen (High Court of Justice, England & Wales), joka päätti tehdä ennakkoratkaisupyyntöä EY-tuomioistuimelle.<sup>121</sup>

Tuomioistuimelle esitettiin ennakkoratkaisukysymyksenä

”ovatko EY 43 ja EY 48 artikla esteenä jäsenvaltion lainsäädännölle, jonka mukaan kyseisessä jäsenvaltiossa verotuksellisesti asuvalla emoyhtiöllä ei ole mahdollisuutta vähentää verotettavasta voitostaan johonkin toiseen jäsenvaltioon sijoittautuneelle

<sup>118</sup> Ks. esim. 2006, Lang 2006a, Penttilä 2006, O’Shea 2006, Saiac 2007 ja European Taxation 9/2006 (koko numero omistettiin asian käsittelylle).

<sup>119</sup> Smit, 2006, s. 411–412.

<sup>120</sup> Group relief -järjestelmästä tarkemmin, ks. luku 2.2.1.

<sup>121</sup> Penttilä 2006,

tytäryhtiölle tässä toisessa jäsenvaltiossa syntyneitä tappioita, vaikka kyseinen jäsenvaltio myöntää tällaisen mahdollisuuden alueellaan verotuksellisesti asuvalle tytäryhtiölle syntyneiden tappioiden osalta”.<sup>122</sup>

Tuomioistuimien katsoi Marks & Spencerin käyttäneen sijoittautumisvapauttaan perustaessaan tytäryhtiöt Saksaan ja Belgiaan.<sup>123</sup> Marks & Spencerin katsottiin olevan vertailukelpoisessa tilanteessa sellaisen yhtiön kanssa, jolla on tytäryhtiöitä vain Iso-Britanniassa. Mahdollisuuden epääminen konsernin sisäiseen tappionsiirtoon rajat ylittävässä tilanteessa teki sijoittautumisesta toiseen jäsenvaltioon vähemmän houkuttelevan vaihtoehdon. Tilanteiden ollessa keskenään vertailukelpoisia tämä muodosti tuomioistuimen mukaan sijoittautumisvapauden rajoituksen.<sup>124</sup>

Sijoittautumisvapauden rajoitukselle oli kuitenkin löydettävissä kolme hyväksyttävää oikeuttamisperusteita, jotka olivat 1) verotusvallan tasapainoinen jakautuminen jäsenvaltioiden välillä, 2) tarve estää tappioiden käyttäminen kahteen kertaan ja 3) veronkiertämisen estäminen.<sup>125</sup> Oikeuttamisperusteet hyväksyttiin ”tarkasteltuna yhdessä”.<sup>126</sup> Sijoittautumisvapautta rajoittava säännös ei kuitenkaan täyttänyt suhteellisuusperiaatteen kriteereitä siltä osin, kun toisessa jäsenvaltiossa asuva tytäryhtiö oli käyttänyt loppuun kaikki mahdollisuudet tappioiden huomioimiseksi sen omassa asuinvaltiossaan. Näin ollen Iso-Britannian oli hyväksyttävä ulkomaisen tytäryhtiöiden lopullisten tappioiden vähentäminen isobritannialaisen emoyhtiön verotuksessa. Sijoittautumisvapauden vastaista ei sitä vastoin ollut se, että tappionsiirtoa ei sallittu ulkomaisen tytäryhtiön väliaikaisten tappioiden kattamiseksi.<sup>127</sup>

#### **4.1.1. Vertailukelpoinen tilanne**

##### *4.1.1.1. Horisontaalinen ja vertikaalinen vertailukelpoisuus*

Oikeuskäytännön perusteella sijoittautumisvapauden rajoituksesta ei ole kyse silloin, kun kyseessä olevaa rajat ylittävää tilannetta ei voida jostain syystä pitää vertailukelpoisena vastaavan kotimaisen tilanteen kanssa.<sup>128</sup> Tilannetta, jossa Marks & Spencer on perustanut tytäryhtiön toiseen jäsenvaltioon, voidaan ensinnäkin verrata tilanteeseen, jossa se olisi

<sup>122</sup> C-446/03 Marks & Spencer, kohdat 27–28.

<sup>123</sup> C-446/03 Marks & Spencer, kohdat 29–31.

<sup>124</sup> C-446/03 Marks & Spencer, kohdat 32–34.

<sup>125</sup> C-446/03 Marks & Spencer, kohta 43.

<sup>126</sup> C-446/03 Marks & Spencer, kohta 51.

<sup>127</sup> C-446/03 Marks & Spencer, kohta 55.

<sup>128</sup> Lang 2006a, s. 421–422.

perustanut tytäryhtiön omaan jäsenvaltioonsa. Toiseksi sitä voidaan verrata tilanteeseen, jossa yhtiö olisi perustanut tytäryhtiön sijasta kiinteän toimipaikan toiseen jäsenvaltioon. Ensiksi mainittua vertailua voidaan kutsua *vertikaaliseksi* vertailukelpoisuudeksi, jälkimmäistä *horisontaaliseksi*.<sup>129</sup> Mikäli kahden tilanteen todetaan olevan vertailukelpoisia keskenään, tällöin tarkasteltavana olevan tilanteen epäedullisemmalle verokohtelulle on löydettävä oikeuttamisperuste. Tämän lisäksi rajoittavan säännöksen on suhteellisuusperiaatteen mukainen. Muussa tapauksessa tarkasteltavana olevan verosäännöksen katsotaan olevan sijoittautumisvapauden vastainen.<sup>130</sup>

Tuomioistuin käsitteli kysymystä vertailukelpoisuudesta vain vertikaalisen vertailukelpoisuuden näkökulmasta. Tämän osalta se totesi, että vaikka yrityksen verotuksellinen asuinpaikka voi olla tekijä, joka oikeuttaa erilaisen verokohtelun, näin ei kuitenkaan aina ole. Jos nimittäin toisessa jäsenvaltiossa verotuksellisesti asuvia voitaisiin vapaasti kohdella eri tavalla niiden asuinpaikan perusteella, se tekisi tuomioistuimen mukaan sijoittautumisvapautta koskevan artiklan sisällyksettömäksi.<sup>131</sup>

Todettuaan vertikaalisen vertailukelpoisuuden toteutuvan tuomioistuin ratkaisi tapauksen arvioimalla vertikaalisen rajoituksen olemassaoloa ja suhteellisuusperiaatteen kriteerien täyttymistä. Se ei tarkastellut lainkaan horisontaalista vertailukelpoisuutta, eli ulkomaisen tytäryhtiön vertailukelpoisuutta ulkomaisen kiinteän toimipaikan kanssa. Julkisasiamies Maduron ratkaisuehdotuksessa (jota tuomioistuimen ratkaisu osin myös noudattaa) sen sijaan käsiteltiin vertailukelpoisuutta molempien vertailuparien näkökulmasta. Maduro muotoili ennakkoratkaisukysymyksen tuomioistuimen muotoilemasta poiketen seuraavasti kolmeen osaan:

- 1) Onko sijoittautumisvapauden vastaista se, että tappionsiirto sallitaan yhtiölle, joka perustaa toiseen jäsenvaltioon kiinteän toimipaikan, mutta ei sallita yhtiölle, joka perustaa toiseen jäsenvaltioon tytäryhtiön?
- 2) Onko sijoittautumisvapauden vastaista se, että tappionsiirto sallitaan yhtiölle, joka perustaa omaan jäsenvaltioonsa tytäryhtiön, mutta ei sallita yhtiölle, joka perustaa toiseen

---

<sup>129</sup> Horisontaalisen vertailukelpoisuuden toteutuessa, verovelvollisen tekemän valinnan siitä, harjoittaako hän liiketoimintaa toisessa jäsenvaltiossa kiinteän toimipaikan vai tytäryhtiön muodossa, ei tulisi johtaa epäedullisempaan verokohteluun.

<sup>130</sup> Cordewener et al. 2004a, s. 226–232.

<sup>131</sup> C-446/03 Marks & Spencer, kohta 37.

jäsenvaltioon tytäryhtiön?

3) Voiko kyseinen rajoitus olla yhteisön oikeuden mukaan perusteltu? <sup>132</sup>

Ensimmäisen kysymys koskee horisontaalista vertailukelpoisuutta ja Marks & Spencerin tekemää valintaa harjoittaa liiketoimintaansa toisessa jäsenvaltiossa tytäryhtiön muodossa kiinteän toimipaikan sijaan. Maduro toteaa, että tuomioistuin on tietyissä tapauksissa todennut sijoittautumisvapauden sisältävän velvollisuuden olla syrjimättä taloudellisten toimijoiden käyttämiä eri sijoittautumismuotoja. Hän kuitenkin päätteli, että tapauksessa toiseen jäsenvaltioon sijoittautunut tytäryhtiö ja kiinteä toimipaikka eivät ole keskenään vertailukelpoisessa asemassa. Tätä hän perusteli sillä, että Iso-Britannia soveltaa erilaista verojärjestelmää konserneihin ja yksittäisiin yhtiöihin, jolla on kiinteitä toimipaikkoja. Konsernit eivät ole oikeutettuja tulosten konsolidointiin, kun taas kiinteiden toimipaikkojen tulokset ja tappiot lasketaan yhteen ja verotetaan yhtiön tasolla. Tämä johtuu ennen kaikkea siitä, että tytäryhtiöt ovat erillisiä verovelvollisia. Konsernihuojennusjärjestelmä on poikkeus tähän pääsääntöön, joka sekään ei kuitenkaan johda konsernin kannalta konsolidoituun yhteisverotukseen, koska siinä ainoastaan tappiot ovat siirrettävissä yhtiöstä toiseen, eivät voitot.<sup>133</sup>

Tähän liittyen Lang muistuttaa, että vaikka on selvää, että Iso-Britannian lainsäädännössä kiinteisiin toimipaikkoihin ja tytäryhtiöihin sovelletaan erilaista verojärjestelmää, nämä erot, joihin Maduro viittaa, eivät ole mitenkään dramaattisia. Merkittävin ero on siinä, että kiinteiden toimipaikkojen voitot ja tappiot huomioidaan sen yhtiön verotuksessa, jolle kiinteä toimipaikka kuuluu, kun taas tytäryhtiön osalta ainoastaan tappiot ovat siirrettävissä konsernin emoyhtiöön. Tuomioistuin on toistuvasti todennut, että syrjivää ei ole vain eri sääntöjen soveltaminen vertailukelpoisiin tilanteisiin vaan myös saman säännön soveltaminen erilaisiin tilanteisiin. Tätä ohjetta voidaan Langin mukaan jatkaa siten, että verokohtelun tulee olla vain jossain määrin eroava, mikäli vertailtavat tilanteet ovat vain jossain määrin erilaisia.<sup>134</sup> Lisäksi tiettyjen jäsenvaltioiden konserniverotusjärjestelmät sallivat sekä voittojen että tappioiden konsolidoinnin konsernin emoyhtiötasolla. Maduron soveltaman logiikan mukaan tällaista järjestelmää soveltavassa valtiossa voidaan väittää, että

---

<sup>132</sup> C-446/03 Marks & Spencer, julkisasiamiehen ratkaisuehdotus, kohta 19.

<sup>133</sup> C-446/03 Marks & Spencer, julkisasiamiehen ratkaisuehdotus, kohta 48.

<sup>134</sup> Lang 2006, s. 56. Samaa mieltä on myös Lyal. Ks. Lyal 2003, s. 68.

toisessa jäsenvaltiossa sijaitsevan tytäryhtiön ja kiinteän toimipaikan tilanteet ovat keskenään vertailukelpoisempia, kuin ulkomaisen ja kotimaisen tytäryhtiön tilanteet.<sup>135</sup>

Mielenkiintoinen kysymys on, mihin lopputulokseen julkisasiamies olisi tullut, mikäli Iso-Britanniassa olisi sovellettu konsernien verotuksessa group relief -järjestelmän sijaan Hollannin tyyppistä verokonsolidointijärjestelmää. Haslehnerin mielestä silloin toiseen jäsenvaltioon sijoittautunutta tytäryhtiötä ja kiinteää toimipaikkaa olisi Maduron perustelujen mukaan pidettävä vertailukelpoisina keskenään, jolloin myös ulkomaisen tytäryhtiön kaikkia tappioita olisi kohdeltava kuten kiinteän toimipaikan tappioita. Mikäli Iso-Britannian ja jonkin toisen jäsenvaltion välisessä verosopimuksessa sovellettaisiin hyvitysmenetelmää, tämä johtaisi automaattisesti ulkomaisen tytäryhtiön tappioiden vähentämiseen niiden syntyvuonna ja myöhempään verottamiseen recapture-säännön mukaisesti.<sup>136</sup>

Tuomioistuin ei käsitellyt ratkaisussaan horisontaalista vertailukelpoisuutta. Tämän perusteella voidaan ajatella, että tuomioistuin hyväksyi julkisasiamiehen päätelmät tytäryhtiön ja kiinteän toimipaikan vertailukelvottomuudesta, koska se ei esittänyt vastalauseita, jotka liittyisivät kyseisiin Maduron päätelmiin. Toisaalta voidaan myös ajatella, ettei tuomioistuimella ollut tarvetta ottaa kantaa horisontaaliseen vertailukelpoisuuteen, koska se pystyi ratkaisemaan tapauksen pelkällä vertikaalisella vertailulla.<sup>137</sup> Vaikka ajateltaisiin tuomioistuimen hyväksyneen Maduron kannan tilanteiden vertailukelvottomuudesta, avoimeksi jää edelleen hyväksyikö tuomioistuin myös Maduron perustelut liittyen erilaisiin verojärjestelmiin, joita Iso-Britannia soveltaa konserneihin sekä yhtiöihin, joilla on kiinteitä toimipaikkoja. Riippumatta siitä, soveltaako jäsenvaltio verosopimuksissaan hyvitys- tai vapautusmenetelmää, Cordewener et al. olivat – ainakin vielä ennen Maduron ratkaisuehdotusta – sitä mieltä, että ulkomaista tytäryhtiötä ja ulkomaista kiinteää toimipaikkaa ei voida ylipäätään pitää vertailukelpoisina. Tätä he perustelevat erityisesti sillä, että molemmat vertailun kohteet sijaitsevat toisessa jäsenvaltiossa. Tällöin ei ole mahdollista todeta, että ”rajan ylittämistä” jotenkin rajoitettaisiin verrattuna omassa jäsenvaltiossa pysymiseen. Tällöin perusvapauksien soveltamiseksi edellytetty rajat ylittävä elementti puuttuu.<sup>138</sup> Lang kuitenkin toteaa, että tuomiosta ”D”<sup>139</sup> voidaan päätellä kahden

---

<sup>135</sup> Lang 2006, s. 56.

<sup>136</sup> Haslehner 2010, s. 44.

<sup>137</sup> Haslehner 2010, s. 36.

<sup>138</sup> Cordewener et al. 2004a, s. 231.

rajat ylittävän tilanteen voivan olla keskenään vertailukelpoisia.<sup>140</sup> Lisäksi on pidettävä mielessä, että ainakin periaatteessa vapaa sijoittautumisoikeus takaa EU-kansalaisille vapauden valita missä oikeudellisessa muodossa he sijoittautuvat toiseen jäsenvaltioon – yhtiönä, kiinteänä toimipaikkana vai edustuksena.<sup>141</sup> X Holding -tuomiosta voitaneen kuitenkin päätellä, että tämä ei ole välttämättä tuomioistuimen kanta.<sup>142</sup>

#### *4.1.1.2. Subject-to-tax Approach ja Always-Somewhere Approach*

Terra ja Wattel pyrkivät mielenkiintoinen teoriallaan systematisoimaan tuomioistuimen soveltamaa logiikkaa, joka liittyy arviointiin verosäännösten yhteensopivuudesta EU-oikeuden kanssa. Heidän mukaansa välitöntä verotusta koskevissa tapauksissa tuomioistuin käyttää useimmiten subject-to-tax-standardia vertailukelpoisuuden arviointiin ja verojärjestelmän johdonmukaisuus -standardia (tai sen eri ilmentymiä <sup>143</sup> ) oikeuttamisperusteen olemassaolon arviointiin.<sup>144</sup> Subject-to-tax-lähestymistavan mukaan kahden tilanteen vertailukelpoisuus ratkeaa sen mukaan, onko jäsenvaltiolla oikeus verottaa molempiin tilanteisiin liittyviä tuloja. Jäsenvaltion on kohdeltava tasapuolisesti tilanteita, jotka ovat molemmat sen verotusvallan alaisia. Sen sijaan tilanne, jota jäsenvaltiolla ei ole oikeutta verottaa (not-subject-to-tax-tilanne), ei ole vertailukelpoinen subject-to-tax-tilanteen kanssa.<sup>145</sup>

Terra ja Wattel toteavat tuomioistuimen noudattaneen subject-to-tax-lähestymistapaa vertailukelpoisuuden arviointiin melko johdonmukaisesti viimeaikaisessa oikeuskäytännössään.<sup>146</sup> Iso-Britanniassa ei kuitenkaan ollut oikeutta verottaa toisessa jäsenvaltiossa sijaitsevaa tytäryhtiötä sen tuloksesta. Subject-to-tax-lähestymistavan noudattaminen olisi tullut johtaa siihen, että rajat ylittävää ja kotimaista tilannetta ei olisi pidetty keskenään vertailukelpoisina. Marks & Spencer -tuomion lisäksi kolme muuta ratkaisua <sup>147</sup> tekevät poikkeuksen subject-to-tax-lähestymistavasta. Terran ja Wattelin mukaan nämä poikkeukset selittyvät tuomioistuimen omaksumalla kannalla, jonka mukaan

---

<sup>139</sup> C-376/03 D v. Inspecteur

<sup>140</sup> Lang 2006a, s. 423.

<sup>141</sup> Helminen 2007, s. 489.

<sup>142</sup> Ks. X Holding -tuomiota käsittelevä luku 4.5.

<sup>143</sup> Wattelin mukaan alueperiaate ja verotusvallan tasapainoinen jakautuminen ovat vain uusia termejä verojärjestelmän johdonmukaisuudelle. Ks. luku 4.1.3.1.

<sup>144</sup> Terra & Wattel 2008, s. 345.

<sup>145</sup> Terra & Wattel 2008, s. 348.

<sup>146</sup> Terra & Wattel 2008, s. 349.

<sup>147</sup> C-385/00 De Groot, C-168/01, C-168/01 Bosal Holding ja C-470/04 N. v Inspecteur.

tappioiden on oltava vähennyskelpoisia aina jossakin jäsenvaltiossa. Tätä lähestymistapaa he kutsuvat nimellä *always-somewhere approach*. Heidän mukaansa näiden poikkeamien taustalla olisi logiikka, jonka mukaan sisämarkkinoilla ei ole hyväksyttävää, että verovelvollinen menettää oikeuden tappiovähennykseen kokonaan vain, koska hän on käyttänyt perusvapauksiaan.<sup>148</sup> Heidän teoriansa mukaan Marks & Spencer -tuomiossa jouduttiin siis poikkeamaan *subject-to-tax-lähestymistavasta* vertailukelpoisuuden arvioinnissa, jotta saavutettaisiin lopputulos, jossa lopulliset tappiot ovat vähennyskelpoisia.

Terra ja Wattel olettivat Marks & Spencer -tuomion olevan poikkeus *subject-to-tax*-pääsääntöön. Myös tuomiota Oy AA he pitivät poikkeuksena, jota selittääkseen he kehittivät vielä uuden lähestymistavan ”*mutual recognition approach*”.<sup>149</sup> Tuomioiden Lidl Belgium ja X Holding myötä näyttää kuitenkin siltä, että tuomioistuimien ei noudata *subject-to-tax-lähestymistapaa* vertailukelpoisuuden arviointiin. *Subject-to-tax* ja *always-somewhere-lähestymistavat* saattavat kuitenkin selittää sitä, miksi Marks & Spencer -tuomiossa Iso-Britanniaa edellytettiin hyväksymään ulkomaisen tytäryhtiön lopullisten tappioiden vähennys, mutta sitä ei edellytetty huomioimaan tytäryhtiön väliaikaisia tappioita. Samoin teorioiden voidaan ajatella selittävän tuomiossa suhteellisuusperiaatteeseen tehtyä rajoitusta, jonka mukaan muut vähemmän rajoittavat toimenpiteet kuin lopullisten tappioiden vähennysoikeuden myöntäminen edellyttävät joka tapauksessa yhteisön lainsäätäjän antamia yhdenmukaistamissäännöksiä.<sup>150</sup>

Oletetaan, että tuomioistuimien poikkesi *subject-tax-lähestymistavasta* saattaakseen lopulliset tappiot vähennyskelpoisiksi. Tilanteiden ollessa vertailukelpoisia se saattoi todeta suhteellisuusperiaatteen edellyttävän rajat ylittävien lopullisten tappioiden olevan vähennyskelpoisia. Lopullisten tappioiden lisäksi kuitenkin väliaikaisetkin tappiot olisi voitu huomioida soveltamalla vähemmän rajoittavaa toimenpidettä, *recapture*-menetelmää. Väliaikaisten tappioiden vähennyskelpoisuus ja *recapture-järjestelmän* käyttöönotto eivät kuitenkaan olleet tuomioistuimen tavoitteena. Weber toteaa, että tuomioistuimien ehkä pelkäsi menevänsä liian pitkälle, jos se vaatisi jäsenvaltioita ottamaan käyttöön *recapture-järjestelmän*. Tästä syystä tuomioistuimen täytyi asettaa suhteellisuusperiaatteelle rajoitus, jonka mukaan ”mikäli on mahdollista löytää muita vähemmän rajoittavia toimenpiteitä,

<sup>148</sup> Terra & Wattel 2008, s. 350–351.

<sup>149</sup> Terra & Wattel 2008, s. 352.

<sup>150</sup> C-446/03 Marks & Spencer, kohta 58.



tällaiset toimenpiteet edellyttävät joka tapauksessa yhteisön lainsäätäjän antamia yhdenmukaistamissäännöksiä”<sup>151</sup>

Subject-to-tax ja always-somewhere-lähestymistavat saattavat hyvin olla selitys suhteellisuusperiaatteelle asetetulle rajoitukselle. Tuomioistuimen logiikkaa ei tosin voida pitää järkevänä. Sen mukaan kahden tilanteen vertailukelpoisuuden arviointi on riippuvainen jostain muusta tekijästä (tappioiden lopullisuudesta) kuin tilanteiden aidosta vertailukelpoisuudesta. Muutoinkaan tuomioistuimen ei olisi ollut mahdollista noudattaa käytäntöä, jossa vertailukelpoisuuden arviointi muuttaa jatkuvasti muotoaan. Tuomioistuin ei tunnetusti halua muuttaa oikeuskäytäntöään tai ainakaan tehdä sitä näkyvästi.<sup>152</sup>

Muutos subject-to-tax-lähestymistavasta on tervetullut, sillä sen noudattaminen vertailukelpoisuuden arvioinnissa ei jätä sijaa suhteellisuusperiaatteen arvioinnille, mikä johtaa jyrkkiin ”joko tai” -tyyppisiin ratkaisuihin.<sup>153</sup> Kolikon kääntöpuolena on se, että suhteellisuusperiaatteen merkitys ja soveltamisala on haihtunut käytännössä olemattomiin. Erityisesti tämä näkyy tuomiossa X Holding.

#### **4.1.2. Sijoittautumisvapauden rajoittaminen**

Sijoittautumisvapautta koskevien määräysten tarkoitus on niiden sanamuodon mukaan varmistaa, että toiseen jäsenvaltioon sijoittautuvia luonnollisia henkilöitä tai yrityksiä kohdellaan samalla tavoin kuin kyseisen jäsenvaltion kansalaisia. Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan sijoittautumisvapauden rajoittamista on kuitenkin myös se, että jäsenvaltio estää oman lainsäädäntönsä mukaan perustettua yhtiötä sijoittautumasta toiseen jäsenvaltioon. Tuomioistuin toteaa, että mahdollisuus konsernin sisäiseen tappiontasaukseen muodostaa yhtiölle veroedun. Tämän veroedun epääminen silloin, kun kyse toisessa jäsenvaltiossa asuvalle tytäryhtiölle syntyneistä tappioista, voi estää emoyhtiötä sijoittautumasta toiseen jäsenvaltioon tytäryhtiön muodossa.<sup>154</sup> Koska rajat ylittävän tilanteen todettiin olevan vertailukelpoinen puhtaasti kotimaisen tilanteen kanssa, tuomioistuin totesi, että kyseessä on perustamissopimuksessa tarkoitettu

---

<sup>151</sup> C-446/03 Marks & Spencer, kohta 58. Ks. tarkemmin suhteellisuusperiaatteelle asetetusta rajoituksesta luku 4.1.4.2.

<sup>152</sup> Wathelet 2006, s. 133.

<sup>153</sup> Zalasinski 2007, s. 321.

<sup>154</sup> C-446/03 Marks & Spencer, kohdat 31–34.

sijoittautumisvapauden rajoitus. Tällöin kahden vertailukelpoisen tilanteen erilainen verokohtelu on perusteltava hyväksyttävällä oikeuttamisperusteella.<sup>155</sup>

#### **4.1.3. Oikeuttamisperusteet sijoittautumisvapauden rajoittamiselle**

Marks & Spencer -tapauksessa Iso-Britannia ja muut jäsenvaltiot vetosivat kolmeen eri oikeuttamisperusteeseen, jotka tuomioistuin myös hyväksyi. Nämä kolme oikeuttamisperustetta ovat:

- 1) verotusvallan tasapainoinen jakautuminen jäsenvaltioiden välillä,
- 2) tarve estää tappioiden käyttäminen kahteen kertaan ja
- 3) veronkiertämisen estäminen.<sup>156</sup>

Tuomioistuin katsoi, että kolme edellä mainittua oikeuttamisperustetta ”tarkasteltuna yhdessä” riittävät oikeuttamisperusteeksi sijoittautumisvapauden rajoittamiselle.<sup>157</sup> Tällaista oikeuttamisperusteiden yhteistarkastelua ei ole tuloverotusta koskevassa oikeuskäytännössä esiintynyt aiemmin. Ratkaisua voitaisiin tulkita niin, että mikään kolmesta perusteesta ei olisi yksin riittänyt hyväksyttäväksi oikeuttamisperusteeksi.<sup>158</sup> Tosin X Holding -tuomiossa sijoittautumisvapauden rajoitus oli perusteltavissa yksinomaan tarpeella varmistaa verotusvallan tasapainoinen jakautuminen jäsenvaltioiden kesken.<sup>159</sup> Yhteistarkastelu luo epävarmuutta. Herää kysymys, mitkä jo aiemmissa tuomioissa hylätyt oikeuttamisperusteet voitaisiin hyväksyä ”tarkasteltuna yhdessä” yhden tai useamman muun oikeuttamisperusteen kanssa. Lang toteaa, että päätöksen taustalla saattaa olla tarve oikeuskäytännön muuttamiseksi ilman, että tuomioistuimen tarvitsisi myöntää muuttaneensa oikeuskäytäntöään. Itsessään kuitenkin se, että tuomioistuin nyt hyväksyy oikeuttamisperusteeksi useamman oikeuttamisperusteen yhdistelmiä, on selvä muutos sen oikeuskäytännössä.<sup>160</sup> Helminen näkee yhteistarkastelun kuitenkin käytännönläheisenä, koska useat oikeuttamisperusteet, kuten alueperiaate ja verojärjestelmän johdonmukaisuus

---

<sup>155</sup> Helminen 2008, s. 78–79.

<sup>156</sup> C-446/03 Marks & Spencer, kohta 43.

<sup>157</sup> C-446/03 Marks & Spencer, kohta 51.

<sup>158</sup> Penttilä 2006, s. 8. Tosin, verotusvallan tasapainoinen jakautuminen hyväksyttiin yksin oikeuttamisperusteeksi sijoittautumisvapauden rajoitukselle tuomiossa C-337/08 X Holding.

<sup>159</sup> C-337/08 X Holding, kohta 33.

<sup>160</sup> Lang 2006, s. 59.

sekä veronkierron estäminen ja verotusvallan tasapainoinen jakautuminen liittyvät niin kiinteästi toisiinsa, että niitä ei useissa tapauksissa voida tarkastella toisistaan erillään.<sup>161</sup>

#### *4.1.3.1. Verotusvallan tasapainoinen jakautuminen jäsenvaltioiden kesken*

Tuomioistuin lähtee tarkastelemaan oikeuttamisperusteita siltä pohjalta, mitkä olisivat seuraukset siitä, että group relief -järjestelmää sovellettaisiin ehdoitta myös rajat ylittävissä tilanteissa.<sup>162</sup> Osana ensimmäistä oikeuttamisperustetta Iso-Britannia ja jäsenvaltiot totesivat, että voitot ja tappiot ovat verotuksen alalla ”saman mitalin kaksi eri puolta”, joita on kohdeltava symmetrisesti samassa verojärjestelmässä, jotta verotusvallan tasapainoinen jakautuminen voidaan taata. Tähän viitaten tuomioistuin huomautti, että verotulojen vähenemistä ei lähtökohtaisesti voida pitää oikeuttamisperusteena perusvapauden rajoittamiselle. Tuomioistuin kuitenkin totesi verotusvallan tasapainoisen jaon vaarantuvan huomattavasti, mikäli

”yhtiöille annetaan mahdollisuus valita, otetaanko niiden tappiot huomioon siinä jäsenvaltiossa, johon ne ovat sijoittautuneet, vai jossakin toisessa jäsenvaltiossa – koska veron määräytymisperuste kasvaisi ensimmäisessä valtiossa ja pienenisi jälkimmäisessä valtiossa siirrettyjen tappioiden määrää vastaavasti”.<sup>163</sup>

Näin ollen jäsenvaltioiden välisen verotusvallan jaon säilyttäminen voi johtaa siihen,

”että johonkin näistä valtioista sijoittautuneiden yhtiöiden taloudelliseen toimintaan on tarpeen soveltaa pelkästään kyseisen valtion verosääntöjä niin voittojen kuin tappioidenkin osalta”.<sup>164</sup>

Tuomiossa hyväksytyistä kolmesta oikeuttamisperusteesta voidaan pitää tärkeimpänä verotusvallan tasapainoista jakautumista jäsenvaltioiden kesken. Kaksi muuta tuomiossa hyväksyttyä oikeuttamisperustetta – veronkierron estäminen ja tappioiden kahdenkertaisen käyttämisen estäminen – ovat ainakin yksinään huonoja oikeuttamisperusteita sijoittautumisvapauden rajoittamiselle.<sup>165</sup> Verotusvallan tasapainoinen jakautuminen esiintyi Marks & Spencer -tuomiossa ensimmäisen kerran. Ennen tätä tuomioistuin on soveltanut kahta oikeuttamisperustetta, jotka ovat käytännössä hyvin lähellä verotusvallan tasapainoista

<sup>161</sup> Helminen 2007, s. 501.

<sup>162</sup> C-446/03 Marks & Spencer, kohta 41.

<sup>163</sup> C-446/03 Marks & Spencer, kohdat 43–46.

<sup>164</sup> C-446/03 Marks & Spencer, kohta 45.

<sup>165</sup> Se, onko tappioita käytetty kahteen kertaan, voidaan selvittää virka-apudirektiivin nojalla tai pyytämällä tietoja verovelvolliselta itseltään. Lisäksi, yleensä tuomioistuin on suhtautunut nihkeästi abstraktiin veronkierron vaaraan oikeuttamisperusteena. Ks. luvut 4.1.3.2. ja 4.1.3.3.

jakautumista koskevaa oikeuttamisperustetta. Nämä kaksi oikeuttamisperustetta ovat alueperiaate, jota sovellettiin tuomiossa C-250/95 Futura<sup>166</sup> ja verojärjestelmän johdonmukaisuus, jota sovellettiin tuomiossa C-204/90 Bachmann<sup>167</sup>. Kaikkien kolmen oikeuttamisperusteen on sanottu ilmentävän tuomioistuimen pyrkimystä sovittaa yhteen sisämarkkinoiden tavoitteet ja 27 suvereenin jäsenvaltion oikeus puolustaa verotusvaltaansa.<sup>168</sup>

Alueperiaate merkitsee käytännössä sitä, että kukin valtio verottaa vain alueellaan syntyneitä tuloja ja myöntää vähennyksen vain alueellaan tapahtuvaan tulonhankintaan liittyvistä menoista.<sup>169</sup> Futura-tuomiossa Luxemburgin verosäännöksen, jonka mukaan rajoitetusti verovelvollisen oikeus tappioiden käyttämiseen carry forward -sääntöjen mukaisesti koski vain Luxemburgissa syntyneitä tappioita, ei katsottu olevan sijoittautumisvapauden vastainen.<sup>170</sup> Luxemburg huomioi yleisesti ja rajoitetusti verovelvollisten verotuksessa ainoastaan niiden Luxemburgissa syntyneet tulot ja tappiot.<sup>171</sup> Tästä johtuen tuomioistuimen mukaan "[e]i voida katsoa, että tällainen järjestelmä, joka on verotuksen alalla sovellettavan alueperiaatteen (principe de territorialité) mukainen, olisi ilmeisellä tai peitellyllä tavalla syrjivä ja siten perustamissopimuksen vastainen".<sup>172</sup> Asia tuntui olevan tuomioistuimelle niin selvä, että se ei edes käsitellyt kysymystä suhteellisuusperiaatteen kannalta.

Marks & Spencer -tapauksessa tuomioistuin viittaa edellä mainittuun Futura-tuomion kohtaan ja toteaa, "kun emoyhtiön sijoittautumisjäsenvaltio verottaa kyseisessä jäsenvaltiossa verotuksellisesti asuvia yhtiöitä niiden maailmanlaajuisista voitoista ja toisessa jäsenvaltiossa verotuksellisesti asuvia yhtiöitä yksinomaan voitoista, jotka perustuvat niiden toimintaan mainitussa valtiossa, se toimii kansainvälisessä vero-oikeudessa vahvistetun ja yhteisön oikeudessa tunnustetun alueperiaatteen mukaisesti".<sup>173</sup> Seuraavassa kohdassa tuomioistuin kuitenkin näyttäisi hylkäävän alueperiaatteen oikeuttamisperusteena toteamalla, että "kuitenkin se, että kyseinen jäsenvaltio ei kanna veroa sen alueelle sijoittautuneen emoyhtiön sellaisten tytäryhtiöiden voitoista, jotka verotuksellisesti asuvat toisessa

<sup>166</sup> C-250/95 Futura, kohta 22. Lisäksi alueperiaatetta käsiteltiin tuomiossa C-324/00 Bosal (kohdat 38–40).

<sup>167</sup> C-204/90 Bachmann. Tuomion Bachmann jälkeen oikeuttamisperuste hyväksyttiin seuraavan kerran vasta tuomioissa C-157/07 Krankenhaus ja C-418/07 Papillon.

<sup>168</sup> Wattel 2007, s. 153–154

<sup>169</sup> Helminen 2007, s. 496.

<sup>170</sup> C-250/95 Futura, kohta 43.

<sup>171</sup> C-250/95 Futura, kohdat 20–21.

<sup>172</sup> C-250/95 Futura, kohta 22 (käännös tuomion englanninkielisestä versiosta).

<sup>173</sup> C-446/03 Marks & Spencer, kohta 39.

jäsenvaltiossa, ei sinänsä oikeuta siihen, että konsernin sisäinen tappiontasaus myönnetään ainoastaan kyseisessä jäsenvaltiossa verotuksellisesti asuville yhtiöille aiheutuneiden tappioiden osalta”.<sup>174</sup> Syy tuomioistuimen suunnan muutoksen saattaa olla siinä, että se halusi päästä lopputulokseen, jossa lopulliset tappiot ovat vähennyskelpoisia.<sup>175</sup> Alueperiaate siinä muodossa kuin se Futura-tuomiossa esiintyi, ei olisi jättänyt sijaa suhteellisuusperiaatteen arvioinnille.

Verojärjestelmän johdonmukaisuus esiintyi oikeuttamisperusteena Bachmann-tuomiossa. Bachmann-tuomiossa verojärjestelmän johdonmukaisuus tarkoitti sitä, että tietylle maksulle myönnettiin verovähennysoikeus vain, jos maksua vastaava tulo oli veronalainen kyseisessä valtiossa. Tähän perustuen toisessa jäsenvaltiossa maksetusta henkivakuutusmaksusta ei tarvinnut myöntää verovähennystä, koska Saksa ei voinut myöhemmin verottaa henkivakuutusmaksua vastaavia tuloja. Jotta oikeuttamisperusteeseen voitiin vedota, vähennysoikeudella ja tulon veronalaisuudella tuli olla suora yhteys toisiinsa.<sup>176</sup> Myöhemmässä oikeuskäytännössään tuomioistuin on tiukentanut verojärjestelmän johdonmukaisuus -perusteen soveltamisalaa. Nykyisin se edellyttää suoran yhteyden olemassaololta, että toisensa kompensoiva veroetu ja verorasite liittyvät samaan tuloon ja samaan verovelvolliseen.<sup>177</sup>

Verojärjestelmän johdonmukaisuudella odotettiin olevan ratkaisevaa merkitystä myös Marks & Spencer -tuomiossa.<sup>178</sup> Julkisasiamies Maduro katsoikin ratkaisuehdotuksessaan, että tapauksessa sijoittautumisvapauden rajoitusta voitiin perustella verojärjestelmän johdonmukaisuuteen vedoten.<sup>179</sup> Tästä huolimatta tuomioistuimen ja julkisasiamiehen ratkaisujen lopputulokset ovat hyvin samankaltaisia. Molemmat päätyivät lopputulokseen, jossa tytäryhtiön lopullisilta tappioilta edellytetään vähennyskelpoisuutta emoyhtiön jäsenvaltiossa, mutta ensisijaisesti ne ovat vähennyskelpoisia tytäryhtiön jäsenvaltiossa.<sup>180</sup> Tuomioistuin ei kuitenkaan soveltanut verojärjestelmän johdonmukaisuuden periaatetta, vaan se päätti ottaa käyttöön uuden oikeuttamisperusteen. Verojärjestelmän johdonmukaisuuden käsite ei olisi vanhassa muodossaan voinut soveltua tilanteeseen, johon

---

<sup>174</sup> C-446/03 Marks & Spencer, kohta 40.

<sup>175</sup> Ks. Terran ja Wattelin subject-to-tax-lähestymistapaa käsittelevä luku 4.1.1.2.

<sup>176</sup> C-204/90 Bachmann, kohdat 22–23 ja 27–28.

<sup>177</sup> Helminen 2007, s. 495.

<sup>178</sup> Ks. Lang 2006a, s. 424.

<sup>179</sup> C-446/03 Marks & Spencer, julkisasiamiehen ratkaisuehdotus, kohta 66.

<sup>180</sup> C-446/03 Marks & Spencer, julkisasiamiehen ratkaisuehdotus, kohta 76.

liittyy kaksi erillistä verovelvollista, joista toisen tappio ei ole suorassa liitoksessa toisen tuloon.<sup>181</sup> Julkisasiamies Maduro ehdotti johdonmukaisuudelta edellytetyjen tiukkojen kriteerien löyhentämistä, niin että johdonmukaisuutta arvioitaisiin verojärjestelmän tarkoituksen ja logiikan kannalta.<sup>182</sup> Tuomioistuim ei kuitenkaan ollut halukas muokkaamaan kyseistä oikeuttamisperustetta, joten se kehitti tilalle uuden oikeuttamisperusteen, joka ei sisältänyt vastaavanlaisia rajoitteita.

Tuomioistuimen tapaa luoda jatkuvasti uusia toisiaan muistuttavia oikeuttamisperusteita ovat kritisoineet muun muassa Wattel ja Lang. Wattel on todennut edellä mainittujen oikeuttamisperusteiden olevan käytännössä samoja perusteita ”uusissa pulloissa”. Hänen mukaan verotusvallan tasapainoinen jakautuminen on vain uusi nimike verotusvallan johdonmukaisuudelle, joka puolestaan on, tuomioistuimen oikeuskäytännön kehittymisen myötä, identtinen alueperiaatteen kanssa.<sup>183</sup> Langin mukaan tuomioistuimen jatkuva uusien oikeuttamisperusteiden lanseeraaminen luo epävarmuutta, samoin kuin se, että tuomioistuimella on rinnakkain käytössä useita samaan tarkoitukseen soveltuvia oikeuttamisperusteita. Lang toteaa, että uusien oikeuttamisperusteiden keksimisen sijaan tuomioistuimen tulisi ennemmin pyrkiä kehittämään jo hyväksymiään oikeuttamisperusteita.<sup>184</sup>

Vaikka Wattel kritisoi tuomioistuinta usean samanlaisen oikeuttamisperusteen käytöstä, hän pitää kuitenkin tarpeellisena sitä, että jäsenvaltiot pystyvät pääsääntöisesti saattamaan yhteen niiden verotusvallan alaisuuteen kuuluvat tulot ja tuloja vastaavat menot. Muutoin tuloksena on Wattelin mukaan ”verotuksen villi länsi (tai itä)”, jolla hän viitanee aggressiiviseen verokantojen alennuskilpailuun.<sup>185</sup> Hänen mukaansa verotusvallan tasapainoinen jakautuminen antaa jäsenvaltioille oikeuden puolustaa niiden verotusvaltaa sitä vastaan, että niiden verotusvaltaa kavennettaisiin koskien jotain niiden alueella syntynyttä tuloa tai että niiden veropohjaa kavennettaisiin tappiovähennyksillä, joita vastaavat tulot ovat syntyneet muualla. Lisäksi Wattelin mukaan kaikki kolme edellä mainittua oikeuttamisperiaatetta ovat ennemminkin kuvauksia tilanteiden erilaisuudesta, kuin oikeuttamisperusteita rajoittavalle kohtelulle vertailukelpoisessa tilanteessa. Se, että ulkomainen tytäryhtiö ei ole verovelvollinen mistään tulostaan emoyhtiön jäsenvaltiossa, ei

---

<sup>181</sup> Lang 2006, s. 60.

<sup>182</sup> C-446/03 Marks & Spencer, julkisasiamiehen ratkaisuehdotus, kohdat 70–71.

<sup>183</sup> Wattel 2007, s. 153–154. Vastakkainen näkemys, ks. van Thiel 2008, s. 281–282.

<sup>184</sup> Lang 2009, s.38.

<sup>185</sup> Wattel 2007, s. 140.

ole Wattelin mukaan oikeuttamisperuste rajoittavalle kohtelulle, vaan peruste todeta, että tilanne ei ole vertailukelpoinen puhtaasti kotimaiseen tilanteeseen verrattuna.<sup>186</sup> Kuten on todettu, tämä Wattelin subject-to-tax-lähestymistavan mukainen ajattelu tilanteiden vertailukelpoisuudesta jättäisi hyvin ahtaan soveltamisalan vapaalle sijoittautumisoikeudelle. Tuomioistuimien ei ole ainakaan näkyvästi noudattanut tätä lähestymistapaa myöhemmässä oikeuskäytännössä.

#### *4.1.3.2. Tappioiden käyttäminen kahteen kertaan*

Toisen oikeuttamisperusteen osalta tuomioistuin toteaa, että vaara tappioiden käyttämisestä kahteen kertaan on olemassa, mikäli konsernin sisäinen tappiontasaus laajennetaan koskemaan toisessa jäsenvaltiossa sijaitsevien tytäryhtiöiden tappioita. Tuomioistuimen mukaan jäsenvaltioilla on oikeus estää tällaisen vaaran syntyminen.<sup>187</sup> Penttilän mukaan vaaran olemassaoloa voidaan perustella ainakin seuraavasti. Kun konsernihuojennusjärjestelmää sovelletaan Iso-Britannian sisällä, tappion siirtänyt yhtiö menettää mahdollisuuden hyödyntää tappion omassa verotuksessaan. Rajat ylittävässä tilanteessa sen sijaan saattaisi olla mahdollista, että tappion siirtäneellä yhtiöllä säilyisi mahdollisuus tappion hyödyntämiseen tappionsiirrosta huolimatta. Tällöin olisi mahdollista, että tappio vähennettäisiin kahteen kertaan.<sup>188</sup> Perustelu on silti ontuva. Ensinnäkin jäsenvaltio voi virka-apudirektiiviin<sup>189</sup> nojalla pyytää toisen jäsenvaltion viranomaisilta tarvittavat tiedot siirtyvien tappion käyttömahdollisuuksista tulevaisuudessa. Toisekseen jäsenvaltio voi edellyttää emoyhtiötä tekemään selvityksen siitä, että tappioita ei ole käytetty kahteen kertaan. Tuomiossa Papillon katsottiin, että sijoittautumisvapautta rajoittavaa verosäännöstä ei voitu perustella vaaralla tappioiden käyttämisestä kahteen kertaan, koska jäsenvaltiolla oli mahdollisuus soveltaa myös kahta edellä mainittua vähemmän rajoittavaa toimenpidettä.<sup>190</sup>

Lisäksi Lang toteaa, että niin kauan kuin välitöntä verotusta ei ole Unionin tasolla harmonisoitu, ei ole kovin vakuuttavaa jäsenvaltioiden puolelta esittää, että niiden tavoitteena on yhdenkertaisen verotuksen varmistaminen tai estää tappioiden käyttö kahteen kertaan. Jäsenvaltioiden päättäessä itsenäisesti, mitä tilanteita ne verottavat, seurauksena on

<sup>186</sup> Wattel 2007, s. 140. Vrt. Terran ja Wattelin edellä luvussa 4.1.1.2. käsitelty subject-to-tax-lähestymistapa.

<sup>187</sup> C-446/03 Marks & Spencer, kohdat 47–48.

<sup>188</sup> Penttilä 2006, s. 8.

<sup>189</sup> Neuvoston 19.12.1977 antama direktiivi 77/799/ETY.

<sup>190</sup> C-418/07 Papillon, kohdat 55–56.

kuitenkin usein se, että osaa tuloista verotetaan kahteen kertaan ja osaa tuloista ei veroteta ollenkaan. Myös verosopimusten, joiden solmimiseen jäsenvaltioita aiemmin kannustettiin EY-sopimuksen 293 artiklassa (Lissabonin sopimuksen myötä artikla poistettiin), soveltaminen saattaa johtaa nollaverotukseen. On hankala esittää, että tappioiden käyttäminen kahteen kertaan olisi estettävä kaikissa tapauksissa, jos toisaalta jäsenvaltioiden verosopimukset ovat avoimia nollaverotukselle.<sup>191</sup>

#### *4.1.3.3. Veronkierron estäminen*

Kolmannen oikeuttamisperusteen osalta tuomioistuin toteaa, että mahdollisuus siirtää tappioita jäsenvaltioiden välillä sisältää vaaran siitä, että konserneissa tappiot siirrettäisiin korkeimman verokannan jäsenvaltioihin. Tämä vaara voidaan tuomioistuimen mukaan estää sallimalla konsernin sisäinen tappionsiirto vain kotimaisessa tilanteessa.<sup>192</sup> Veronkierron estämistä koskevassa oikeuttamisperusteessa on huomionarvoista se, että tuomioistuin ottaa tässä huomioon abstraktin veronkierron vaaran. Yleensä se on suhtautunut kielteisesti yleiseen veronkierron mahdollisuuteen oikeuttamisperusteita arvioidessaan.<sup>193</sup> Tuomiossa C-324/00 Lankhorst-Hohorst veronkierron estäminen hylättiin oikeuttamisperusteena Saksan rajoittaville alikapitalisointisäännöksille. Tähän oli syynä se, että Saksan säännösten ”erityisenä tavoitteena” ei ollut puhtaasti keinotekoisten järjestelyjen estäminen. Marks & Spencer -tapauksessa tuomioistuinta ei jostain syystä enää haitannut se, että säännös estää yleisesti kaikki järjestelyt, ei vain keinotekoisia järjestelyjä.<sup>194</sup>

#### **4.1.4. Suhteellisuusperiaate**

##### *4.1.4.1. Lopulliset tappiot*

Suhteellisuusperiaate ilmenee tuomion kohdasta 35, jossa todetaan, että sijoittautumisvapauden rajoitus voidaan hyväksyä vain ”yleistä etua koskevista pakottavista syistä” ja että ”kyseisellä rajoituksella on voitava taata kyseessä olevan tavoitteen toteutuminen, eikä sillä saada ylittää sitä, mikä on tarpeen tämän tavoitteen saavuttamiseksi”.<sup>195</sup> Toisin sanoen, mikäli yleistä etua koskevan pakottavan syyn (oikeuttamisperusteen) taustalla oleva tavoite voidaan saavuttaa vähemmän rajoittavalla toimenpiteellä, jäsenvaltion on sovellettava tätä vähemmän rajoittavaa toimenpidettä

---

<sup>191</sup> Lang 2006, s. 58.

<sup>192</sup> C-446/03 Marks & Spencer, kohta 49.

<sup>193</sup> Penttilä 2006, s. 8. Penttilä viittaa tuomion C-264/96 ICI kohtaan 26.

<sup>194</sup> Vajda & Holmes 2006, s. 9.

<sup>195</sup> C-446/03 Marks & Spencer, kohta 35.



nykyisten säännöstensä sijaan. Tuomioistuimen mielestä Marks & Spencer -tuomiossa oli riittävää, että Iso-Britannia huomioi toisessa jäsenvaltiossa verotuksellisesti asuvan tytäryhtiön tappiot silloin, kun tytäryhtiö on käyttänyt loppuun kaikki mahdollisuudet tappioiden käyttämiseksi sen omassa asuinvaltiossaan.<sup>196</sup> Tuomioistuin ei katsonut suhteellisuusperiaatteen edellyttävän Marks & Spencerin ja komission ehdottamaa väliaikaisten tappioiden huomioimista ja voittojen myöhempää verottamista recapture-menetelmää soveltamalla.<sup>197</sup>

Tuomioistuimen mukaan silloin, kun tietyssä jäsenvaltiossa asuva emoyhtiö voi osoittaa, että tappioiden käyttämistä koskevat mahdollisuuden on käytetty loppuun ”on vastoin EY 43 ja EY 48<sup>198</sup> artiklaa evätä kyseiseltä [emo]yhtiöltä mahdollisuus vähentää verotettavasta voitostaan kyseisessä jäsenvaltiossa sen sellaiselle tytäryhtiölle syntyneet tappiot, joka verotuksellisesti asuu toisessa jäsenvaltiossa”.<sup>199</sup> Kaikki mahdollisuudet on tuomioistuimen mukaan käytetty loppuun, kun tappioita ei voida käyttää tytäryhtiön asuinvaltiossa verovuonna eikä menneinä verovuosina, ja kun tytäryhtiö itse tai kolmas taho, jolle tytäryhtiö on myyty, eivät voi käyttää tappioita tulevinakaan verovuosina.<sup>200</sup> Lopullisten tappioiden luonnetta on syvällisemmin analysoinut esimerkiksi Mkrtchyan.<sup>201</sup> Hänen mukaansa silloin, kun tappiot ovat jäsenvaltion carry forward -sääntöjen mukaisesti vanhentuneet, niitä ei voida pitää ”lopullisina” Marks & Spencer -tuomion merkityksessä.<sup>202</sup>

Lopullisten tappioiden vähennysoikeutta on hyvä arvioida oikeuttamisperusteiden tavoitteita vastaan, sillä suhteellisuusperiaatteessa on kyse vähemmän rajoittavan toimenpiteen löytämisestä, joka ei kuitenkaan vaaranna hyväksytyn oikeuttamisperusteen taustalla olevien tavoitteiden saavuttamisesta. Penttilä toteaa, että tilanteessa, jossa on kyse lopullisista tappioista, ei ensinnäkään ole vaaraa tappioiden kahteen kertaan vähentämisestä. Lisäksi, jos vähennys hyväksytään vain tyttäreltä emolle siirtyvien tappioiden osalta, tällöin mahdollisuus valita, missä jäsenvaltiossa tappiot vähennetään, on rajattu. Myös veronkierron vaara

---

<sup>196</sup> C-446/03 Marks & Spencer, kohta 56.

<sup>197</sup> Ks. seuraava luku 4.1.4.2.

<sup>198</sup> SEUT 49 ja 54.

<sup>199</sup> C-446/03 Marks & Spencer, kohta 56.

<sup>200</sup> C-446/03 Marks & Spencer, kohta 55. Tuomioistuimen määrittämät kriteerit tappioiden lopullisuudelle eivät ole täydellisen kattavat. Tappioiden lopullisuuden edellytyksiä on tarkemmin analysoinut muun muassa Mkrtchyan. Ks. Mkrtchyan 2009.

<sup>201</sup> Ks. Mkrtchyan 2009.

<sup>202</sup> Mkrtchyan 2009, s. 588. Sen sijaan carry back -säännöillä saattaa olla vaikutusta tappioiden lopullisuuteen.

vähenee. Edelleen, jos vähennys koskee vain lopullisia tappioita, vaikutukset verotusvallan tasapainoiseen jakautumiseen ovat rajalliset.<sup>203</sup>

#### *4.1.4.2. Väliaikaiset tappiot*

Marks & Spencer ja komissio olivat lisäksi esittäneet, että vähemmän rajoittavana toimenpiteenä voitaisiin "säätää siitä, että tappioita voidaan tasata sillä edellytyksellä, että toisessa jäsenvaltiossa verotuksellisesti asuvan tytäryhtiön myöhemmät voitot sisällytetään sen yhtiön verotettaviin voittoihin, joka on saanut hyödyn konsernin sisäisestä tappiontasauksesta, sen aikaisemmin vähentämien tappioiden määrään asti".<sup>204</sup> Menetelmää voidaan kutsua nimellä vähennys ja palautus -järjestelmä tai väliaikainen tappiosiiro.<sup>205</sup> Tässä tutkielmassa järjestelmästä käytetään nimitystä recapture-järjestelmä.<sup>206</sup>

Recapture-järjestelmällä tarkoitetaan järjestelmää, jossa ulkomaisen tytäryhtiön tai kiinteän toimipaikan tappiot huomioidaan emoyhtiön verotuksessa jo tappioiden syntyvuonna. Kun tytäryhtiö tai kiinteä toimipaikka muuttuu tulevana vuosina jälleen voitolliseksi, nämä voitot sisällytetään emoyhtiön verotettavaan tulokseen siihen määrään saakka, joka vastaa aiemmin hyväksytyjä tappiovähennyksiä.<sup>207</sup> Menetelmää sovelletaan muun muassa Hollannissa ulkomaisten kiinteiden toimipaikkojen väliaikaisten tappioiden huomioimiseksi.<sup>208</sup>

Järjestelmän soveltaminen johtaa epäilemättä sijoittautumisvapautta vähemmän rajoittavaan lopputulokseen. Silloin kun konsernin sisäistä tappiontasausta ei sallita rajat ylittävässä tilanteessa, toisessa jäsenvaltiossa asuvalle tytäryhtiölle syntyneitä tappioita ei voida vähentää niiden syntymisvuonna. Tappiot voidaan vähentää vasta tulevana vuosina tytäryhtiön positiivisista tuloksista, tytäryhtiön jäsenvaltion carry forward -sääntöjen mukaisesti. Tästä aiheutuu konsernille kassavirtahaittaa, koska kokonaisuutena ajatellen konserni joutuu tällöin maksamaan veronsa etukäteen voitoista, jotka eivät ole vielä syntyneet. Recapture-menetelmää sovellettaessa toisessa jäsenvaltiossa sijaitsevan tytäryhtiön tappiot voidaan vähentää jo niiden syntyvuonna, jolloin konserni välttyy mainitulta kassavirtahaitalta.

---

<sup>203</sup> Penttilä 2009, s. 463.

<sup>204</sup> C-446/03 Marks & Spencer, kohta 54.

<sup>205</sup> Komissio 2006, s. 9.

<sup>206</sup> Deduction and later recapture (tappioiden huomioiminen ja myöhempi verottaminen).

<sup>207</sup> C-446/03 Marks & Spencer, kohta 54.

<sup>208</sup> Hollanti soveltaa verosopimuksissaan vapautusmenetelmää, jonka vuoksi ulkomaisen kiinteän toimipaikan tappiot olisivat normaalisti vähennyskelvottomia Hollannissa. Hollannin järjestelmästä tarkemmin, ks. luku 4.5. Sama järjestelmä oli käytössä Saksassa vuoteen 1999 asti, ks. luku 4.3.

Tuomiossa Lidl Belgium oli kyse toisessa jäsenvaltiossa sijaitsevan kiinteän toimipaikan tappioista, jotka oli verosopimuksen vapautusmenetelmän mukaisesti rajattu Saksan veropohjan ulkopuolelle. Julkisasiamies Sharpston oli ennakkoratkaisussaan sitä mieltä, että Saksan tulisi jälleen ryhtyä soveltamaan recapture-menetelmää kiinteiden toimipaikkojen tappioiden huomioimiseksi. Hän totesi recapture-menetelmän olevan vähemmän rajoittava toimenpide kuin vähennysoikeuden kieltäminen kokonaan. Sharpstonin mukaan menetelmä soveltuu myös niiden tavoitteiden saavuttamiseen, jotka koskevat verotusvallan tasapainoista jakautumista ja sen välttämistä, että tappiot käytetään kahteen kertaan. Lisäksi hän totesi recapture-menetelmän vastaavan paremmin suhteellisuusvaatimusta myös Marks & Spencer -tuomion tilanteessa kuin tuomioistuimen omaksuma ratkaisu.<sup>209</sup> Tuomioistuin ei kuitenkaan Lidl Belgium -tapauksessa katsonut suhteellisuusperiaatteen edellyttävän recapture-menetelmän käyttöönottoa, kuten se ei tehnyt Marks & Spencer -tuomiossakaan.<sup>210</sup>

Tuomioistuin ei ratkaisussaan sinänsä kiistä, että asiassa ehdotettu recapture-menetelmä ei olisi vähemmän rajoittava tai että sillä ei saavutettaisi oikeuttamisperusteiden taustalla olevia tavoitteita. Tuomioistuin ei itse asiassa kommentoinut recapture-järjestelmän käyttöönottoa mitenkään. Sen sijaan se totesi tyhjentävästi, että ”mikäli on mahdollista löytää muita vähemmän rajoittavia toimenpiteitä [kuin vähennysoikeuden myöntäminen lopullisten tappioiden osalta], tällaiset toimenpiteet edellyttävät joka tapauksessa yhteisön lainsäätäjän antamia yhdenmukaistamissäännöksiä”.<sup>211</sup> Tuomioistuin toisin sanoen antaa jäsenvaltioille luvan poiketa suhteellisuusperiaatteen noudattamisesta silloin kun kyse ei ole lopullisten tappioiden vähennysoikeudesta. Muut vähemmän rajoittavat toimenpiteet edellyttäisivät neuvoston antamaa direktiiviä.

Tällainen suhteellisuusperiaatteelle asetettava raja on hyvin ongelmallinen ja syö pohjaa koko periaatteelta. Suhteellisuusperiaatteen perusajatus on nimenomaan se, että jäsenvaltiot eivät rajoita perusvapauksia enemmän kuin on tarpeen oikeuttamisperusteiden taustalla olevien tavoitteiden saavuttamiseksi. Myös Marks & Spencer -ratkaisussa tuomioistuin toteaa, että sijoittautumisvapauden rajoitus voidaan hyväksyä ainoastaan ”jos sillä pyritään perustamissopimuksen mukaiseen, sallittuun tavoitteeseen ja jos sitä voidaan pitää perusteltuna yleistä etua koskevista pakottavista syistä”, minkä lisäksi ”kyseisellä rajoituksella on voitava taata kyseessä olevan tavoitteen toteutuminen, eikä sillä saada ylittää

---

<sup>209</sup> C-414/06 Lidl Belgium, julkisasiamiehen ratkaisuehdotus, kohta 25

<sup>210</sup> Lidl Belgium -tuomiosta, ks luku 4.3.

<sup>211</sup> C-446/03 Marks & Spencer, kohta 58.

sitä, mikä on tarpeen tämän tavoitteen saavuttamiseksi”.<sup>212</sup> Tästä huolimatta tuomioistuimien näyttäisi kuitenkin antavan jäsenvaltioille luvan rajoittaa sijoittautumisvapautta enemmän kuin on tarpeen yleistä etua koskevien pakottavien intressien takaamiseksi. Logiikka sotii vahvasti myös tuomioistuimen usein toistamaa EU-vero-oikeuden perusajatusta vastaan, jonka mukaan ”välitön verotus kuuluu jäsenvaltioiden toimivaltaan, mutta jäsenvaltioiden on käytettävä tätä toimivaltaansa yhteisön oikeutta noudattaen”.<sup>213</sup> Lisäksi suhteellisuusperiaatteelle asetettu raja tuntuu hyvin mielivaltaiselta. Sijoittautumisvapautta rajoittaa yhtä lailla väliaikaisten tappioiden vähennyskeltvottomuudesta aiheutuva kassavirtahaitta, kuin se että ulkomaisille tytäryhtiöille syntyneet lopulliset tappiot eivät ole vähennyskelpoisia. Tilanteet, joissa tytäryhtiölle syntyy lopullisia tappioita, ovat aina poikkeuksellisia.<sup>214</sup> Näin ollen sijoittautumisvapauden rajoittamisen kannalta paljon suurempi merkitys on väliaikaisten tappioiden vähennyskeltvottomuudella.

Miksi tuomioistuin sitten asetti suhteellisuusperiaatteen rajan juuri lopullisten tappioiden kohdalle eikä edellyttänyt Iso-Britannialta vieläkin vähemmän rajoittavien toimenpiteiden soveltamista? Tämä saattaa johtua ennen kaikkea edellä käsitellyistä subject-to-tax ja always-somewhere -lähestymistapoihin liittyvistä syistä. Lang toteaa, että tuomioistuin näyttäisi halunneen päätyä ratkaisuun, joka on jäsenvaltioiden hyväksyttävissä.<sup>215</sup> Tuomioistuimeen kohdistunut poliittinen paine on helppo ymmärtää. Useat jäsenvaltiot olivat ennen tuomion antamista valmistautuneet poistamaan konsernin sisäiset tappiontasausjärjestelmänsä, mikäli tuomiossa olisi vaadittu rajoituksetonta tappiontasauksen sallimista myös rajat ylittävissä tilanteissa.<sup>216</sup> On kuitenkin painotettava, että rajat ylittävien väliaikaisten tappioiden huomioiminen recapture-menetelmää soveltamalla ei tarkoita tappiontasauksen rajoituksetonta sallimista. Näyttää siltä, että tuomioistuin lähti Marks & Spencer -ratkaisussa sijoittautumisvapauden puolustamisen tielle, joka sen tehtäväksi kuuluu, uskaltamatta kuitenkaan kävellä tuota tietä loppuun saakka.

O’Shea esittää, että tuomioistuimella ei ollut toimivaltaa pakottaa Iso-Britanniaa – ja myöhemmin Saksaa tapauksessa Lidl Belgium – ottamaan käyttöön recapture-sääntöä. Näin siksi, koska tuomioistuin ei voi määrätä jäsenvaltioita ottamaan jotain tiettyä verolakia osaksi lainsäädäntöänsä. O’Shean mukaan tuomioistuin saattoi toimivaltansa sallimissa rajoissa

<sup>212</sup> C-446/03 Marks & Spencer, kohta 35.

<sup>213</sup> C-446/03 Marks & Spencer, kohta 29.

<sup>214</sup> Koskee lähinnä tilanteita, joissa tytäryhtiön toiminta ollaan lakkauttamassa ja yhtiö purkamassa.

<sup>215</sup> Lang 2006, s. 61.

<sup>216</sup> Smit, 2006, s. 411–412.

ainoastaan todeta, että säännöt, jotka kieltävät lopullisten tappioiden vähennysoikeuden ovat sijoittautumisvapautta rajoittavia. Sen sijaan, tuomioistuin ei O'Shea mukaan ollut tai ole toimivaltainen neuvomaan jäsenvaltioita siinä kuinka tällainen sijoittautumisvapauden rajoitus olisi korjattava.<sup>217</sup> O'Shea ei kuitenkaan selitä sitä, miksi tuomioistuimella olisi ollut riittävä toimivalta todeta, että lopullisten tappioiden vähennyskeltottomuus johtaa sijoittautumisvapauden rajoittamiseen, mutta se ei voinut todeta samaa väliaikaisista tappioista. Wattelin mielestä tuomioistuin ylitti toimivaltansa jo edellyttäessään Iso-Britannialta lopullisten tappioiden vähennysoikeuden myöntämistä.<sup>218</sup>

Monet muutkin ovat kritisoineet tuomioistuinta toimivaltansa ylittamisestä. Kriitikoiden mukaan tuomioistuin on laintulkitsijan roolinsa sijaan toiminut lainsäätäjänä, luoden uusia verotusoikeuksia.<sup>219</sup> Vanistendaelin mukaan tuomioistuimeen kohdistuva kritiikki perustuu virheelliseen oletukseen siitä, että perussopimukset sisältäisivät jonkinlaisen poikkeussäännön kansainvälisen verotuksen osalta, jättäen sitä koskevat päätökset jäsenvaltioiden päätettäväksi. EU-tuomioistuin toimii Vanistendaelin mukaan kuin mikä tahansa kansallinen tai kansainvälinen tuomioistuin, joka tulkitsee lakia tai sopimusta. Tulkitessaan perussopimuksia sillä onkin oikeus luoda uusia verotusoikeuksia.<sup>220</sup>

## 4.2. Oy AA

Oy AA:n tapauksessa oli kyse sijoittautumisvapauden rajoittamisesta, kuten myös tuomiossa Marks & Spencer. Suomen konserniavustuslaki mahdollistaa konserninsisäisen tuloksentasauksen siten, että voitollinen yhtiö voi antaa konserniavustuksen tappiolliselle yhtiölle, jolloin avustus on antajan verotuksessa vähennyskelpoinen ja saajalle veronalainen. Konserniavustuksen antamisen yhtenä edellytyksenä on, että sekä avustuksen antaja että saaja ovat kotimaisia yhtiöitä. Tapauksessa oli kyse siitä, onko sijoittautumisvapauden vastaista, että Suomen konserniavustuslaki estää suomalaista tytäryhtiötä Oy AA:ta antamasta konserniavustusta isobritannialaiselle emoyhtiölleen AA Ltd:lle, kun kaikki konserniavustuksen antamisen edellytykset, avustuksen saajan kotimaisuusvaatimusta lukuun ottamatta, täyttyivät.

---

<sup>217</sup> O'shea 2008a.

<sup>218</sup> Wattel 2007, s. 154. Wattelin mukaan rajat ylittävä tilanne ei ollut vertailukelpoinen kotimaisen tilanteen kanssa. Ks. luku 4.1.1.2.

<sup>219</sup> Ghosh 2007, s. 81–82.

<sup>220</sup> Vanistendael 2008, s. 65.

Oy AA oli antanut konserniavustuksen tappiolliselle emoyhtiölleen AA Ltd:lle ja pyrki saamaan annetun avustuksen verotuksessaan vähennyskelpoiseksi. Yhtiö teki ennakkoratkaisuhakemuksen keskusverolautakunnalle koskien annetun konserniavustuksen vähennyskelpoisuutta. Saatuaan kielteisen päätöksen keskusverolautakunnalta, Oy AA valitti asiasta korkeimpaan hallinto-oikeuteen.<sup>221</sup> KHO päätti lykätä asian ratkaisua ja esittää tuomioistuimelle seuraavan ennakkoratkaisukysymyksen:

”Onko Euroopan yhteisön perustamissopimuksen 43 ja 56 artikloja, ottaen huomioon sopimuksen 58 artiklan ja direktiivin 90/435/ETY, tulkittava siten, että ne ovat esteenä Suomen konserniavustuslainsäädännön mukaiselle järjestelmälle, jossa konserniavustuksen vähennyskelpoisuuden edellytyksenä verotuksessa on se, että sekä konserniavustuksen antaja että sen saaja ovat kotimaisia yhteisöjä?”<sup>222</sup>

Tuomioistuin totesi, että asia on ratkaistava yksinomaan sijoittautumisvapauden näkökulmasta. Pääomien vapaan liikkuvuuden rajoitus on välttämätön seuraus sijoittautumisvapauden rajoituksesta, joten pääomien vapaata liikkuvuutta koskevia artikloja ei ollut syytä tarkastella erikseen. Myöskään emo-tytäryhtiödirektiivillä ei ole asiassa merkitystä, koska kyseinen direktiivi koskee osinkojen verokohtelua.<sup>223</sup>

Kahden tietyssä jäsenvaltiossa asuvan tytäryhtiön tilanteet ovat tuomioistuimen mukaan keskenään rinnastettavissa, vaikka toisen emoyhtiö sijaitsee sen omassa asuinvaltiossa ja toisen emoyhtiö jossain muussa jäsenvaltiossa. Tällöin jäsenvaltiossa asuvien tytäryhtiöiden erilainen kohtelu niiden emoyhtiöiden asuinpaikan perusteella on sijoittautumisvapauden rajoitus.<sup>224</sup> Sijoittautumisvapauden rajoitukselle oli kuitenkin löydettävissä hyväksyttäviä oikeuttamisperusteita. Tuomioistuin hyväksyi tällä kertaa kahden oikeuttamisperusteen yhteisvaikutuksen perusteeksi sijoittautumisvapauden rajoitukselle: verotusvallan tasapainoinen jakautuminen jäsenvaltioiden välillä ja veronkierron estäminen. Tappioiden käyttämisellä kahteen kertaan ei ollut merkitystä, koska konserniavustusjärjestelmä ei koske tappioiden vähennysoikeutta.<sup>225</sup> Iso-Britannian group relief -järjestelmästä poiketen, Suomen konserniavustusjärjestelmän katsottiin olevan myös oikeassa suhteessa tavoiteltuihin päämääriin nähden. Konserniavustusjärjestelmä täytti tapauksessa siis myös

---

<sup>221</sup> C-231/05 Oy AA, kohdat 11–15.

<sup>222</sup> C-231/05 Oy AA, kohta 16.

<sup>223</sup> C-231/05 Oy AA, kohdat 23–26.

<sup>224</sup> C-231/05 Oy AA, kohdat 38–39.

<sup>225</sup> C-231/05 Oy AA, kohdat 55–60.

suhteellisuusperiaatteen kriteerit, eikä sen näin ollen katsottu olevan ristiriidassa perustamissopimuksen vapaata sijoittautumisoikeutta koskevan artiklan kanssa.<sup>226</sup>

#### 4.2.1. Vertailukelpoisuus

Rajat ylittävän tilanteen on oltava vertailukelpoinen puhtaasti kotimaiseen tilanteeseen, jotta kyse voi olla kielletystä sijoittautumisvapauden rajoittamisesta. Jäsenvaltiot olivat esittäneet, että kaksi jäsenvaltiossa asuvaa tytäryhtiötä, joista toisen emoyhtiö sijaitsee samassa jäsenvaltiossa ja toisen emoyhtiö jossain muussa jäsenvaltiossa, eivät ole vertailukelpoisia keskenään. Tätä he perustelivat sillä, että jälkimmäisessä tilanteessa avustuksen saajana oleva emoyhtiö ei ole lainkaan verovelvollinen avustuksen antajana olevan tytäryhtiön jäsenvaltiossa.<sup>227</sup> Tällöin tytäryhtiön jäsenvaltio ei voi varmistaa, että myönnetty vähennys vastaa kyseisen avustuksen saajan veronalaista tuloa saajan asuinvaltiossa. Lisäksi Iso-Britannia esitti, että ”siltä osin kuin Suomi ei verota ulkomailla asuvien emoyhteisöjen tuloja, sen ei ole myönnettävä suomalaiselle tytäryhteisölle tappiontasausta emoyhteisön kärsimien tappioiden takia”.<sup>228</sup> Iso-Britannian esittämä peruste vastaa käytännössä Terran ja Wattelin subject-to-tax-lähestymistapaa, jonka mukaan kahden tilanteen vertailukelpoisuus voidaan ratkaista sillä, onko jäsenvaltiolla molemmissa tilanteissa oikeus verottaa kyseessä olevia verovelvollisia – Oy AA:n tapauksessa ulkomaista ja kotimaista emoyhtiötä.

Vastaukseksi näihin perusteluihin tuomioistuin totesi, että vaikka tytäryhtiön jäsenvaltio ei ole toimivaltainen Iso-Britanniassa asuvan emoyhtiön osalta, se voi kuitenkin asettaa konserniavustuksen vähennyskelpoisuudelle edellytyksiä, joiden mukaan vähennyskelpoisuus tytäryhtiön jäsenvaltiossa riippuu avustuksen verokohtelusta emoyhtiön jäsenvaltiossa.<sup>229</sup> Tästä seuraa, että pelkästään emoyhtiön asuinvaltion perusteella ei voida todeta tilanteiden olevan keskenään vertailukelvottomia. Tällöin myös emoyhtiön kotipaikkaan perustuva erilainen verokohtelu on sijoittautumisvapautta rajoittavaa.<sup>230</sup>

On jokseenkin nurinkurista, että tuomioistuin ensin vertailukelpoisuutta arvioidessaan perustelee, miksi verokohtelun ei tulisi olla tilanteessa erilaista, mutta tämän jälkeen hyväksyy oikeuttamisperusteet tälle erilaiselle verokohtelulle. Kuten on todettu, tuomioistuimella on välillä sekoittunut vertailukelpoisuuden ja oikeuttamisperusteiden

<sup>226</sup> C-231/05 Oy AA, kohdat 63 ja 68.

<sup>227</sup> C-231/05 Oy AA, kohta 33.

<sup>228</sup> C-231/05 Oy AA, kohta 34.

<sup>229</sup> C-231/05 Oy AA, kohta 37.

<sup>230</sup> C-231/05 Oy AA, kohdat 37–38.

tarkastelu keskenään.<sup>231</sup> Sanders onkin esittänyt, että vertailukelpoisuuden ja oikeuttamisperusteiden arviointi ovat tuomioistuimelle käytännössä yhtä ja samaa prosessia.<sup>232</sup> Epäilemättä tässäkin tapauksessa oikeuttamisperusteena hyväksytyllä verotusvallan tasapainoisella jakautumisella olisi voitu perustella sitä, että jäsenvaltiossa verovelvollinen emoyhtiö ei ole vertailukelpoinen jäsenvaltiossa ei-verovelvollisen emoyhtiön kanssa.<sup>233</sup> Kyse onkin oikeastaan siitä, milloin tilanne on tuomioistuimen tarpeelliseksi erilainen, jotta asiaa ei tarvitse pohtia suhteellisuusperiaatteen kannalta. Ehdottomasti johdonmukaisempi käytäntö olisi se, että tuomioistuin arvioisi aina ovatko tilanteet riittävän erilaisia, jotta erilainen verokohtelu voi olla perusteltu, mutta lisäksi pohtisi asiaa aina myös suhteellisuusperiaatteen näkökulmasta.

#### **4.2.2. Sijoittautumisvapauden rajoitus ja oikeuttamisperusteet**

Kun tilanteiden vertailukelpoisuus oli todettu, erilainen verokohtelu rajat ylittävässä tilanteessa johti luonnollisesti sijoittautumisvapauden rajoitukseen.<sup>234</sup> Oikeuttamisperusteiden osalta tuomioistuin noudatti pitkälti samaa kaavaa kuin Marks & Spencer -tapauksessa lukuun ottamatta sitä, että tappioiden kahdenkertaista käyttämistä ei hyväksytty oikeuttamisperusteeksi. Tämä johtui siitä, että konserniavustusjärjestelmä ei koske tappioiden vähennysoikeutta.<sup>235</sup> Oikeuttamisperusteita koskevan analyysinsä alkuun tuomioistuin muistutti, että ”yhteisön tason yhtenäistämisen tai yhdenmukaistamistoimien puuttuessa jäsenvaltioilla on edelleen toimivalta sopimuksin tai yksipuolisesti päättää verotusvaltansa jakoperusteista”.<sup>236</sup>

Koskien verotusvallan tasapainoista jakautumista, tuomioistuin totesi, että ”tällä tarpeella ei voida perustella sitä, että järjestelmällisesti evätään kaikki veroedut maassa asuvalta tytäryhtiöltä sillä perusteella, että sen emoyhtiön, jonka kotipaikka on jossain toisessa jäsenvaltiossa, tuloja ei voida verottaa ensiksi mainitussa jäsenvaltiossa”.<sup>237</sup> Oikeuttamisperuste voitiin kuitenkin hyväksyä ”silloin, kun asianomaisella järjestelmällä pyritään estämään menettelytapoja, jotka ovat omiaan vaarantamaan jäsenvaltion oikeuden

---

<sup>231</sup> Ks. luku 3.1.3.

<sup>232</sup> Sanders 2011, s. 126–128. Tähän palataan tarkemmin X Holding -tuomiota käsittelevässä luvussa. 4.5.

<sup>233</sup> Terra & Wattel, s.354.

<sup>234</sup> C-231/05 Oy AA, kohta 39.

<sup>235</sup> C-231/05 Oy AA, kohta 57.

<sup>236</sup> C-231/05 Oy AA, kohdat 51–52.

<sup>237</sup> C-231/05 Oy AA, kohdat 53. Tämän toteamuksen voidaan ehkä ajatella pitävän sisällään varauksen sellaista tilannetta varten, jossa konserniavustus annetaan lopullisten tappioiden kattamista varten.



käyttää verotusvaltaansa sen alueella toteutettujen toimintojen osalta”.<sup>238</sup> Tällainen vaara syntyisi mikäli ”yhtiöille annetaan mahdollisuus valita, otetaanko niiden tappiot huomioon siinä jäsenvaltiossa, johon ne ovat sijoittautuneet, vai jossakin toisessa jäsenvaltiossa”.<sup>239</sup> Tuomioistuimen mukaan näin kävisi tilanteessa, jossa rajat ylittävä konserniavustus voitaisiin vähentää antajansa tulosta ”koska konsernin tekemän valinnan mukaan tytäryhteisön jäsenvaltion olisi luovuttava oikeudestaan verottaa kyseisen tytäryhteisön asuinmaana tytäryhteisön tuloa, ja tämä tapahtuisi mahdollisesti emoyhteisön kotipaikan jäsenvaltion hyväksi”.<sup>240</sup>

Koskien veronkierron ehkäisemistä, tuomioistuin totesi, että mahdollisuus siirtää tytäryhtiön tulos toisessa jäsenvaltiossa asuvalle emoyhtiölle sisältäisi vaaran siitä, että konsernissa tehtäisiin ”täysin keinotekoisilla järjestelyillä” tulonsiirtoja pienemmän verokannan maihin. Konserniavustuslain kotimaisuusvaatimus on tuomioistuimen mukaan omiaan estämään tällaisia menettelytapoja.<sup>241</sup>

Myös Oy AA:n tapauksessa oikeuttamisperusteet hyväksyttiin ”tarkasteltuna yhdessä”.<sup>242</sup> Tuomioistuin ei tälläkään kertaa määritellyt tarkemmin, minkälainen painoarvo eri oikeuttamisperusteilla oli toisiinsa nähden ja olisiko jompikumpi perusteista riittänyt yksinäänkin perusteeksi sijoittautumisvapauden rajoitukselle. On tietenkin selvää, kuten tuomioistuinkin toteaa, että nämä kaksi oikeuttamisperustetta liittyvät vahvasti toisiinsa.<sup>243</sup> Rajat ylittävään veronkiertoon liittyy yleensä myös vaara verotusvallan epätasapainoisesta jakautumisesta. Helmisen mukaan kyseisiä oikeuttamisperusteita ei ole välttämättä edes järkevää käsitellä erikseen.<sup>244</sup>

#### **4.2.3. Suhteellisuusperiaate**

Suomen konserniavustuslaki täytti tapauksessa myös suhteellisuusperiaatteen kriteerit. Tuomioistuin katsoi, että vaikka konserniavustuslain säännösten erityisenä tavoitteena ei ole evätä siinä säädettyä veroetua täysin keinotekoisilta järjestelyiltä, rajoittavien säännösten

---

<sup>238</sup> C-231/05 Oy AA, kohdat 54.

<sup>239</sup> C-231/05 Oy AA, kohta 55.

<sup>240</sup> C-231/05 Oy AA, kohta 56.

<sup>241</sup> C-231/05 Oy AA, kohdat 58–59.

<sup>242</sup> C-231/05 Oy AA, kohta 60.

<sup>243</sup> C-231/05 Oy AA, kohta 62.

<sup>244</sup> Helminen 2007, s. 499.

voidaan kuitenkin katsoa olevan oikeassa suhteessa tavoiteltuihin päämääriin nähden, kun näitä päämääriä tarkastellaan yhdessä.<sup>245</sup>

Oy AA -tapauksessa oli kyse konserniavustuksen antamisesta tytäryhtiöltä ulkomaiselle emoyhtiölle väliaikaisten tappioiden kattamiseksi. Tuomion kohdat 64 ja 65 ovat kuitenkin synnyttäneet eriäviä tulkintoja siitä, koskeeko tuomioistuimen ratkaisu vain tapauksessa kyseessä ollut tilannetta, vai voidaanko tuomioistuimen ajatella hyväksyneen konserniavustusjärjestelmän kokonaisuudessaan yhteensopivaksi SEUT 49 artiklan sijoittautumisvapauden kanssa. Jälkimmäisen oletuksen on tehnyt muun muassa KHO tuomion Oy AA jälkeen antamassaan ratkaisussaan KHO:2007:92.<sup>246</sup> Kohdassa 64 todetaan, että konserniavustuksen

”kaikenlainen laajentaminen koskemaan rajat ylittäviä tilanteita johtaisi siihen, – – että tällä menetelmällä konsernit voivat vapaasti valita jäsenvaltion, jossa niiden voittoja verotetaan, ja sivuuttaa tytäryhteisön jäsenvaltion oikeuden verottaa sen alueella harjoitetun toiminnan tuottamia voittoja”.<sup>247</sup>

Lisäksi kohdassa 65 todetaan, että

”[t]ätä haittaa ei voida ehkäistä asettamalla edellytyksiä, jotka liittyvät konserniavustuksena saadun tulon kohteluun saajana olevan yhteisön jäsenvaltiossa tai konserniavustuksen saajalle kertyneiden tappioiden olemassaoloon.”

Tuomioistuimen mukaan tällöin jäisi edelleen konsernin päätettäväksi, missä jäsenvaltiossa niiden voitot verotetaan. Sama koskee tytäryhtiön jäsenvaltiolla olevaa mahdollisuutta asettaa vähennyskelpoisuuden edellytykseksi avustuksen veronalaisuus saajayhtiössä.<sup>248</sup>

Penttilän mukaan kohdat 64 ja 65 voidaan tulkita kolmella tavalla. Ensinnäkin ne voidaan tulkita niin, että tuomioistuin on muuttanut kantansa eikä enää edellytä kansallisilta tappiontasausjärjestelmiltä edes lopullisten tappioiden vähennysoikeutta. Tuomioista Lidl Belgium<sup>249</sup> ja Deutsche Shell voidaan kuitenkin päätellä, että näin ei ole. Toiseksi voidaan ajatella, että tuomioistuin katsoo Suomen konserniavustusjärjestelmän olevan siinä määrin group relief -järjestelmää pidemmälle menevä, että se ei edellytä rajat ylittävän

---

<sup>245</sup> C-231/05 Oy AA, kohta 63.

<sup>246</sup> Ks. luku 4.2.4.

<sup>247</sup> C-231/05 Oy AA, kohta 64.

<sup>248</sup> C-231/05 Oy AA, kohta 65. Mielenkiintoista on, että tämä sama mahdollisuus edellytyksen asettamisesta konserniavustuksen vähennyskelpoisuudelle oli kuitenkin ratkaiseva vertailukelpoisuuden arvioinnin kannalta.

<sup>249</sup> C-414/06 Lidl Belgium, kohta 51.

konserniavustuksen vähennyskelpoisuutta edes silloin, kun se annetaan lopullisten tappioiden kattamiseksi. Tämä tarkoittaisi sitä, että tuomioistuin olisi hyväksynyt konserniavustusjärjestelmän kokonaisuudessaan EU-oikeuden mukaiseksi.<sup>250</sup> Penttilän mukaan konserniavustus- ja group relief -järjestelmät eivät ole kuitenkaan toisistaan niin paljon poikkeavat, että tuomioistuimen kanta voisi olla näin ratkaisevasti erilainen. Vaikkakin konserniavustusjärjestelmän voidaan sanoa olevan pidemmälle menevä järjestelmä, siltä osin kuin konserniavustusta käytetään vain tappioiden kattamiseen, sillä on sama taloudellinen vaikutus kuin Iso-Britannian group relief -järjestelmän mukaisella tappionsiirrolla.<sup>251</sup>

Kolmanneksi kyseisiä tuomion kohtia voidaan tulkita niin, että Oy AA:n tapauksessa ei ollut kyse emoyhtiöltä tytäryhtiölle annetusta konserniavustuksesta, jolloin se mitä kohdissa 64 ja 65 todetaan, koskee ainoastaan tytäryhtiöltä emoyhtiölle annettavaa konserniavustusta. Sen sijaan tuomioistuimen kanta koskien toisessa jäsenvaltiossa sijaitsevan tytäryhtiön lopullisten tappioiden vähennyskelpoisuutta on luettavissa Marks & Spencer -tuomiosta.<sup>252</sup>

Penttilä vaikuttaa varovasti päätyneen kolmannen tulkinnan kannalle. Kolmatta tulkintavaihtoehtoa tukee erityisesti kohdan 64 loppuosa, jossa todetaan, että ”tällä menetelmällä konsernit voivat vapaasti valita jäsenvaltion, jossa niiden voittoja verotetaan, ja sivuuttaa tytäryhteisön jäsenvaltion oikeuden verottaa sen alueella harjoitetun toiminnan tuottamia voittoja”.<sup>253</sup> Kohdassa 64 selvästi puhutaan vain tytäryhtiöltä ulkomaiselle emoyhtiölle annettavasta konserniavustuksesta.

#### **4.2.4. Konserniavustusjärjestelmä Oy AA:n jälkeen**

Vuoden 2007 lopussa KHO antoi Oy AA:n tapauksesta vuosikirjaratkaisun,<sup>254</sup> joka noudatti Unionin tuomioistuimen ennakkoratkaisua. Tämän jälkeen on edelleen avoin kysymys se, edellyttääkö sijoittautumisvapaus konserniavustuksen vähennyskelpoisuutta tilanteessa, jossa emoyhtiö antaa konserniavustuksen toisessa jäsenvaltiossa sijaitsevan tytäryhtiön lopullisten tappioiden kattamiseksi. Oy AA:ta koskevan ratkaisunsa lisäksi KHO antoi samana päivänä toisenkin vuosikirjaratkaisun. Ratkaisussa KHO:2007:92 oli kyse tilanteesta, jossa suomalainen emoyhtiö aikoi antaa konserniavustuksen isobritannialaiselle välillisesti

---

<sup>250</sup> Penttilä 2009, s. 464–465.

<sup>251</sup> Komissio 2006, s. 7.

<sup>252</sup> Penttilä 2009, 465.

<sup>253</sup> C-231/05 Oy AA, kohta 64.

<sup>254</sup> KHO:2007:93.

omistamalleen<sup>255</sup> tytäryhtiölle, jonka toiminta aiottiin lopettaa ja yhtiö purkaa. Tytäryhtiön tappiot olivat siis muodostumassa lopullisiksi samalla tavoin kuin Marks & Spencer -tuomiossa. Kuten tuomiossa Oy AA, konserniavustuslaissa määritellyt edellytykset avustuksen vähennyskelpoisuudelle täyttyivät saajan kotimaisuusvaatimusta lukuun ottamatta. KHO kuitenkin katsoi, että tilanteessa annettava konserniavustus ei ollut antajansa verotuksessa vähennyskelpoinen. Tämä tulkinta perustui pitkälti edellä käsiteltyihin Oy AA -tuomion kohtiin 64 ja 65, joita KHO siteeraa omassa päätöksessään.<sup>256</sup> KHO siis tulkitsi Oy AA -tuomion perusteella EU-tuomioistuin pitävän konserniavustusjärjestelmää kokonaisuudessaan EU-oikeuden mukaisena – myös tilanteessa, jossa konserniavustus annetaan emoyhtiöltä toisessa jäsenvaltiossa asuvalle tytäryhtiölle lopullisten tappioiden kattamiseksi.

KHO näyttäisi tulkinneen kyseiset Oy AA -tuomion kohdat jommallakummalla kahdesta ensiksi mainituista Penttilän tulkintatavoista. KHO on siis saattanut tulkita, että tuomioistuin on muuttanut kantansa eikä edellytä enää edes lopullisten tappioiden vähennyskelpoisuutta. Vaihtoehtoisesti KHO on saattanut tulkita, että tuomioistuin katsoo konserniavustusjärjestelmän olevan siinä määrin group relief -järjestelmää pidemmälle menevä, että se ei edellytä rajat ylittävän konserniavustuksen vähennyskelpoisuutta edes silloin kun se annetaan lopullisten tappioiden kattamiseksi.

Ruotsin Regeringsrätten on sittemmin kolmessa ratkaisussaan hyväksynyt vähennyskelpoiseksi konserniavustuksen, jonka emoyhtiö antaa toisessa jäsenvaltiossa asuvan tytäryhtiön lopullisten tappioiden kattamiseksi. Ratkaisunsa se on perustanut tuomion Marks & Spencer linjauksiin. Tuomion Oy AA sivuuttamisen omissa ratkaisuisaan se on perustellut sillä, että Oy AA ei koskenut lopullisia tappioita eikä emoyhtiön tytäryhtiölleen antamaa konserniavustusta.<sup>257</sup> Näiden tuomioiden antamisen jälkeen Ruotsin konserniavustusta koskevia säännöksiä muutettiin 1.7.2010 alkaen Marks & Spencer -tuomiosta ilmeneviä oikeusohjeita myötäillen. Muutosten myötä ruotsalainen emoyhtiö voi antaa vähennyskelpoisen konserniavustuksen ETA-valtiossa sijaitsevalle, kokonaan ja suoraan omistamalleen tytäryhtiölle sen lopullisten tappioiden kattamiseksi. Lisäksi edellytetään, että tytäryhtiön toiminta aiotaan lopettaa purkamalla yhtiö, kyseiseen valtioon

---

<sup>255</sup> Myös Marks & Spencer -tapauksessa isobritannialaisen emoyhtiön omistus ulkomaisissa tytäryhtiöissä oli välillistä, ks. Penttilä 2009, s. 467.

<sup>256</sup> Ks. KHO:n perustelut ratkaisussa KHO:2007:93.

<sup>257</sup> Penttilä 2009, s. 465–466.

ei jää toista tytäryhtiötä ja että tytäryhtiö on menettänyt kaikki mahdollisuutensa saada tappio muulla tavalla vähennetyksi.<sup>258</sup>

Regeringsrättenin tulkintaa voidaan pitää selvästi parempana. On hyvin luonnollista, että Oy AA -tuomiossa ei puhuttu lopullisista tappioista. Sellainen tilanne, jossa tytäryhtiön ulkomaisen emoyhtiön tappiot olisivat muodostumassa lopullisiksi, ei ole nimittäin mahdollinen. Mikäli emoyhtiö on tekemässä konkurssia ja sitä ollaan purkamassa, todennäköisesti voittoa tekevät tytäryhtiöt ovat siinä vaiheessa jo myyty muille osapuolille. Emoyhtiöiden tappioille ei siis voida asettaa Marks & Spencer -tuomion kaltaista poikkeussääntöä koskien lopullisia tappioita. Tämä ja tuomioistuimen lausuma kohdassa 64 huomioden, on perusteltua ajatella, että Oy AA koskee vain tilannetta, jossa emoyhtiölle syntynyt tappio aiotaan kattaa tytäryhtiön antamalla konserniavustuksella.

KHO:n olisi ehdottomasti tullut pyytää asiassa ennakkoratkaisua tuomioistuimelta, kuten SEUT 267 artikla sitä EU-oikeudellisesti epäselvissä kysymyksissä velvoittaa. Regeringsrättenin ja Ruotsin lainsäätäjän tulkinta Marks & Spencer -tuomiosta saattaa hyvin olla oikea, mutta valitettavasti myöskään Regeringsrätten ei pyytänyt mihinkään ratkaisemistaan tapauksista tuomioistuimen ennakkoratkaisua. Marks & Spencer -ratkaisu epäilemättä koskee group relief -järjestelmän lisäksi muidenkin jäsenvaltioiden konserniverojärjestelmiä. Huomioiden kuitenkin muiden jäsenvaltioiden järjestelmien omat erityispiirteet, Marks & Spencer -tuomiosta ei voida johtaa muita järjestelmiä koskevia selkeitä oikeusohjeita (*acte éclairé*).<sup>259</sup> Selkeän oikeusohjeen puuttuessa ja jos asian ratkaisu ei ole muutenkaan ilmeinen (*acte clair*), jäsenvaltion ylimmän oikeusasteen on pyydettävä asiassa ennakkoratkaisu EU-tuomioistuimelta.<sup>260</sup> Konserniavustusjärjestelmää koskevaa oikeustilaa saattaa joiltain osin selventää lähivuosina annettava ennakkoratkaisu tapauksesta KHO:2011:21. Tapausta käsitellään tarkemmin tämän tutkielman lopussa.

---

<sup>258</sup> Penttilä 2009, s. 466 ja Kuivisto 2010, s. 40.

<sup>259</sup> Douma & Naumburg 2006, s. 441–442.

<sup>260</sup> Helminen 2008, s. 58.

### 4.3. Lidl Belgium

Verosopimustilanteissa, joissa sovelletaan vapautusmenetelmää, toisessa jäsenvaltiossa sijaitsevan kiinteän toimipaikan tappiot eivät yleensä ole vähennyskelpoisia sen yhtiön asuinvaltiossa, jolle kiinteä toimipaikka kuuluu.<sup>261</sup> Tällöin kiinteälle toimipaikalle syntyneet tappiot voidaan vähentää vain sen sijaintivaltiossa tulevana carry forward -sääntöjen mukaisesti. Kun tappiot eivät ole vähennettävissä niiden syntyvuonna vaan vasta tulevana vuosina, tästä aiheutuu yhtiölle kassavirtahaitta. Jäsenvaltioilla on EU-oikeuden mukaan oikeus solmia verosopimuksia kaksinkertaisen verotuksen poistamiseksi, ja tämä on myös suotavaa. Verosopimusten on kuitenkin täytettävä EU-oikeuden kriteerit kansallisen lainsäädännön tavoin ja sen osana.<sup>262</sup>

Osa jäsenvaltioista<sup>263</sup> hyväksyy kuitenkin kiinteän toimipaikan tappioiden vähentämisen silloinkin, kun tilanteessa sovelletaan vapautusmenetelmää. Näissä jäsenvaltioissa sovelletaan niin sanottua recapture-menetelmää.<sup>264</sup> Recapture-menetelmää sovellettaessa toisessa jäsenvaltiossa sijaitsevalle kiinteälle toimipaikalle syntynyt tappio voidaan vähentää jo tappion syntyvuonna sen yhtiön tuloksesta, jolle kiinteä toimipaikka kuuluu. Jotta yhtiön asuinvaltion verotusoikeus ei valuisi ulkomaille, asuinvaltio verottaa yhtiötä tulevana vuosina kiinteän toimipaikan muuttuessa jälleen voitolliseksi aiemmin vähennettyjä tappioita vastaavaan määrään saakka. Järjestelyn ansiosta yritys voi vähentää kiinteän toimipaikan tappion jo sen syntyvuonna, jolloin sille ei koidu kassavirtahaittaa siitä, että tappiot saataisiin käyttää vasta tulevana vuosina. Myöskään jäsenvaltio ei menetä verotulojaan muutoin kuin väliaikaisesti.<sup>265</sup> Kyseistä järjestelmää sovellettiin myös Saksassa vuoteen 1999 saakka.<sup>266</sup>

Lidl Belgium oli Saksaan rekisteröity yhtiö, joka hoiti liiketoimintaansa Luxemburgissa kiinteän toimipaikan muodossa. Yhtiö pyrki vähentämään tuloksestaan kiinteälle toimipaikalle vuonna 1999 syntyneet tappiot 83,536 euroa, mitä Saksan verovironomainen ei hyväksynyt Saksan ja Luxemburgin välisessä verosopimuksessa sovellettavan vapautusmenetelmän vuoksi.<sup>267</sup> Saksan ylin veroasioista päättävä tuomioistuin Bundesfinanzhof epäili, että vapautusmenetelmän mukainen käytäntö, jossa verovelvollisella

---

<sup>261</sup> Helminen 2009, s. 167.

<sup>262</sup> Helminen 2009, s. 42.

<sup>263</sup> Esimerkiksi Hollanti. Ks. X Holding -tuomiota käsittelevä luku 4.5.

<sup>264</sup> Recapture-järjestelmää käsiteltiin luvussa 4.1.4.2.

<sup>265</sup> Meussen 2008, s.234.

<sup>266</sup> C-414/06 Lidl Belgium, kohta 45.

<sup>267</sup> C-414/06 Lidl Belgium, julkisasiamiehen ratkaisuehdotus, kohdat 2-3.

ei ole mahdollisuutta vähentää kiinteän toimipaikan tappioita niiden syntymvuonna, on vapaan sijoittautumisoikeuden vastainen. Bundesfinanzhof esitti ennakkoratkaisupyyntön EU-tuomioistuimelle. Bundesfinanzhofin kysymys kuului:

”Ovatko EY 43 ja EY 56 artikla<sup>268</sup> esteenä kansalliselle verojärjestelmälle, jonka mukaan maassa asuva yhtiö ei voi voittonsa määrittämisessä ja veronalaisen tulonsa laskemisessa ottaa huomioon toisessa jäsenvaltiossa sijaitsevan ja sille kuuluvan kiinteän toimipaikan tappioita, vaikka samaisessa verojärjestelmässä myönnetään tällainen mahdollisuus maassa asuvan kiinteän toimipaikan tappioiden osalta?”<sup>269</sup>

Tapauksessa on siis käytännössä kyse siitä, täytyisikö Saksan palata soveltamaan recapture-järjestelmää ja hyväksyä ulkomaiselle kiinteälle toimipaikalle syntyneen tappion vähentäminen kotimaisen yhtiön verotettavasta tuloksesta, vai voiko se kieltäytyä vähennysoikeuden myöntämisestä vetoamalla vapautusmenetelmän soveltamiseen.<sup>270</sup>

Tuomioistuimen mukaan kyseessä oli sijoittautumisvapauden rajoitus, joka oli perusteltavissa kahdella oikeuttamisperusteella: tarve varmistaa verotusvallan tasapainoinen jakautuminen jäsenvaltioiden välillä ja tarve estää tappioiden käyttö kahteen kertaan. Oikeuttamisperusteet voitiin hyväksyä, kun niitä tarkasteltiin yhdessä.<sup>271</sup> Suhteellisuusperiaatteen osalta tuomioistuin totesi, että Lidl Belgium ei ole osoittanut Marks & Spencer -tuomion 55 kohdassa esitetyt edellytykset tappioiden lopullisuudesta olisivat täyttyneet.<sup>272</sup> Näin ollen verojärjestelmää oli pidettävä oikeasuhteisena suhteessa sillä tavoiteltuihin päämääriin, jolloin järjestelmän ei katsottu olevan sijoittautumisvapauden vastainen.<sup>273</sup>

Tuomioistuin ei ottanut varsinaisesti kantaa kassavirtahaittaan, joka aiheutuu yhtiölle kun se ei voi vähentää kiinteälle toimipaikalle syntyneitä väliaikaisia tappioita niiden syntymvuonna. Tähän liittyen tuomioistuin vain totesi, että Luxemburgissa verosäännökset sallivat kiinteälle toimipaikalle syntyneiden tappioiden vähentämisen tulevien vuosien verotettavasta tulosta.<sup>274</sup>

---

<sup>268</sup> SEUT 49 ja 63.

<sup>269</sup> C-414/06 Lidl Belgium, kohta 14.

<sup>270</sup> Meussen 2008, s.234.

<sup>271</sup> C-414/06 Lidl Belgium, kohta 42.

<sup>272</sup> C-414/06 Lidl Belgium, kohta 51.

<sup>273</sup> C-414/06 Lidl Belgium, kohta 52.

<sup>274</sup> C-414/06 Lidl Belgium, kohta 49.

#### 4.3.1. Vertailukelpoisuus, sijoittautumisvapauden rajoitus ja oikeuttamisperusteet

Vertailukelpoisuuden arvioinnin ja sijoittautumisvapauden rajoituksen arvioinnin osalta Lidl Belgium noudattelee pitkälti Marks & Spencer ja Oy AA -tuomioiden linjaa eikä niitä ole tarpeen käsitellä tässä kovin laajasti. Vertailukelpoisuutta ei varsinaisesti arvioitu erikseen, vaan tilanteiden vertailukelpoisuus on vain ratkaisussa taustaoletuksena. Tämä selviää siitä, että kyseessä olevien verosäännösten katsottiin rajoittavan sijoittautumisvapautta.<sup>275</sup>

Myös oikeuttamisperusteiden osalta tuomioistuimien noudatteli Marks & Spencer ja Oy AA -tuomioista tuttua kaavaa. Se, että tapauksessa oli ulkomaisen tytäryhtiön sijasta kyse kiinteästä toimipaikasta, ei muuttanut tuomioistuimen rule of reason -analyysiä juurikaan. Julkisasiamies Sharpston totesi ratkaisuehdotuksessaan oikeuttamisperusteiden osalta, että Lidl Belgium -tapauksessa ei ole syytä olla noudattamatta samaa lähestymistapaa kuin tytäryhtiön tappioita koskevassa Marks & Spencer -tapauksessa, sillä yhtiön kannalta ei ole merkitystä kumman tappioita – ulkomaisen tytäryhtiön vai kiinteän toimipaikan – se saa tai ei saa vähentää.<sup>276</sup>

Verotusvallan tasapainoisesta jakautumisesta todettiin Marks & Spencerin<sup>277</sup> ja Oy AA:n<sup>278</sup> perusteluja toistellen, että ”se että yhtiöille annetaan mahdollisuus valita, otetaanko niiden tappiot huomioon siinä jäsenvaltiossa, johon ne ovat sijoittautuneet, vai jossakin toisessa jäsenvaltiossa, vaarantaisi huomattavasti verotusvallan tasapainoisen jakaantumisen jäsenvaltioiden välillä”.<sup>279</sup> Verosopimuksen määräyksistä heijastuvilla pyrkimyksillä voidaan perustella kyseessä oleva verojärjestelmä ”koska sillä säilytetään voittojen verotusoikeuden ja tappioiden vähennysmahdollisuuden välinen symmetria”.<sup>280</sup>

Liittyen tappioiden kahdenkertaiseen käyttämiseen tuomioistuin toteaa, että ”ei nimittäin ole mahdotonta”, että tappiot huomioitaisiin kiinteän toimipaikan jäsenvaltiossa vaikka ne olisi jo vähennetty yhtiön asuinvaltiossa.<sup>281</sup> Perustelu ei ole kovin vakuuttava. Se, että jonkin asian tapahtuminen ”ei ole mahdotonta” ei tarkoita, että se ei olisi estettävissä. Ensinnäkin virka-apudirektiivillä <sup>282</sup> annetaan jäsenvaltioille mahdollisuus pyytää toisen jäsenvaltion

<sup>275</sup> C-446/03 Marks & Spencer, kohdat 23–26.

<sup>276</sup> C-414/06 Lidl Belgium, julkisasiamiehen ratkaisuehdotus, kohta 10.

<sup>277</sup> C-446/03 Marks & Spencer, kohdat 45–46.

<sup>278</sup> C-231/05 Oy AA, kohta 55.

<sup>279</sup> C-414/06 Lidl Belgium, kohta 32.

<sup>280</sup> C-414/06 Lidl Belgium, kohta 33.

<sup>281</sup> C-414/06 Lidl Belgium, kohta 36.

<sup>282</sup> Neuvoston direktiivi 77/799/ETY (EYVL L 336, s. 15).



viranomaisilta kaikki tarvitsemansa tiedot, joiden perusteella ne voivat määrittää muun muassa verovelvollistensa verotettavan tulon määrän. Toisekseen jäsenvaltion veroviranomaiset voivat edellyttää yhtiötä itseään toimittamaan tarvitsemansa asiakirjat, jotta ne pystyvät päättämään, onko vähennettäväksi esitetyt tappiot jo vähennetty jossain toisessa jäsenvaltiossa.<sup>283</sup>

Langin mukaan tappioiden kahdenkertaista käyttämistä koskeva oikeuttamisperuste on hyvin lähellä verotulojen vähentymiseen liittyvää perustetta, jonka tuomioistuin on aina hylännyt.<sup>284</sup> Myös Marks & Spencer -tuomiossa tuomioistuin painottaa, että verotulojen vähentymistä ei voida pitää yleistä etua koskevana pakottavana syynä.<sup>285</sup> X Holding -ratkaisussa tuomioistuin ei enää soveltanut oikeuttamisperusteiden yhteistarkastelua, vaan katsoi sijoittautumisvapauden rajoituksen olevan perusteltu yksinomaan tarpeella varmistaa verotusvallan tasapainoisen jakautuminen jäsenvaltioiden välillä.<sup>286</sup>

Myöskään Schön ei näe tappioiden kaksinkertaisen käyttämisen estämistä hyväksyttävänä oikeuttamisperusteena kiinteän toimipaikan tappioiden vähennyskiellolle. Kiinteän toimipaikan tapauksessa ei tapahdu tappioiden siirtoa yrityksestä toiseen, kuten on tilanne konsernin sisäisessä tappiontasauksessa. Tappiot siirtyvät vain yhden yrityksen eri toimipaikkojen välillä. Kiinteän toimipaikan asuinvaltion verotulojen kannalta asialla ei ole edes merkitystä, koska se vähentää kiinteän toimipaikan tappiot joka tapauksessa omien verosääntöjensä mukaisesti tulevien vuosien verotuksessa. Yhtiön asuinvaltion on vain hyväksyttävä nämä tappiot verovelvollisensa negatiivisena tulona, jotka on otettava huomioon verovelvollisen maailmanlaajuisista tuloa laskettaessa. Tappioiden käyttäminen kahteen kertaan on luonnollinen seuraus verotusoikeuksien limittymisestä kansainvälisessä ympäristössä. Tappiot tulevat vähennetyksi kahteen kertaan myös verosopimuksen hyvitysmenetelmää sovellettaessa. Tällöin asuinvaltio hyvittää ulkomaille maksetun veron hyvitysmenetelmän nojalla tai verosopimuksen puuttuessa mahdollisesti soveltuvan menetelmälain säännöksen nojalla. Recapture-menetelmää soveltamalla voidaan varmistaa

---

<sup>283</sup> Näiden kahden jäsenvaltioiden käytössä olevien mahdollisuuksien soveltamisen todettiin oleva tuomiossa Papillon vähemmän rajoittava toimenpide, kuin verokonsolisoinnin kieltäminen tilanteessa, johon sisältyy vaara tappioiden huomioimisesta kahteen kertaan. Ks C-418/07 Papillon, kohdat 55–56 sekä Papillon -tuomiota käsittelevä luku 4.4.

<sup>284</sup> Lang 2006, s. 57.

<sup>285</sup> C-446/03 Marks & Spencer, kohta 44.

<sup>286</sup> Ks. luku 4.5.

vapautusmenetelmää sovellettaessa, että kahteen kertaan vähennettyjä tappioita vastaavat voitot tulevat myös kahteen kertaan verotetuksi.<sup>287</sup>

#### 4.3.2. Suhteellisuusperiaatteelle asetettu rajoitus

Suhteellisuusperiaatteen perusajatus on luettavissa myös Lidl Belgium -ratkaisusta:

”sijoittautumisvapauden rajoitus voidaan hyväksyä ainoastaan, jos sitä voidaan pitää perusteltuna yleistä etua koskevista pakottavista syistä. Lisäksi kyseisellä rajoituksella on tällöin voitava taata kyseessä olevan tavoitteen toteutuminen, eikä sillä saada ylittää sitä, mikä on tarpeen tämän tavoitteen saavuttamiseksi”.<sup>288</sup>

Lidl Belgium ja komissio olivat esittäneet vähemmän rajoittavana toimenpiteenä, että Saksan tulisi sallia yhtiölle kiinteän toimipaikan tappion vähentäminen ”sillä edellytyksellä, että se sisällyttää tuleviin tuloksiinsa tämän toimipaikan myöhemmät voitot aiemmin huomioon otettuja tappioita vastaavan määrän osalta”.<sup>289</sup> Tuomioistuimien ei ratkaisussaan kommentoinut tätä mahdollisuutta mitenkään, vaan se otti kantaa vain tilanteeseen, jossa tappiot ovat jäämässä Marks & Spencer -tapauksen tavoin lopullisiksi. Tässä kohden julkisasiamies Sharpstonin ratkaisuehdotus poikkeaa radikaalisti tuomioistuimen ratkaisusta. Sharpstonin mukaan Saksan verolainsäädäntö ei täyttänyt sellaisenaan suhteellisuusperiaatteen vaatimuksia, koska rajoituksen taustalla olevat tavoitteet olisi saavutettavissa vähemmän rajoittavalla toimenpiteellä. Tällä hän viittaa siihen mahdollisuuteen, että Saksa ottaisi uudelleen käyttöön sillä vuoteen 1999 asti käytössä olleen recapture-järjestelmän.<sup>290</sup> Lisäksi Sharpston totesi, että recapture-järjestelmä olisi vastannut myös Marks & Spencer tuomiossa suhteellisuusvaatimusta ”selvästi paremmin kuin yhteisöjen tuomioistuimen asiassa Marks & Spencer omaksuma ratkaisu”.<sup>291</sup>

Kommentoimatta Sharpstonin ehdotusta, tuomioistuin ensin toisti Marks & Spencer -tuomion kohdassa 55 määritellyt edellytykset tappioiden lopullisuudelle.<sup>292</sup> Tämän jälkeen se totesi:

”Lidl Belgium ei ole osoittanut, että edellä mainitussa asiassa Marks & Spencer annetun tuomion 55 kohdassa esitetyt edellytykset, joilla määritetään se, missä tilanteissa toimenpiteellä, joka muodostaa EY 43 artiklassa tarkoitetun

<sup>287</sup> Schön 2008, s. 823–827.

<sup>288</sup> C-414/06 Lidl Belgium, kohta 27, C-446/03 Marks & Spencer, kohta 35 ja C-231/05 Oy AA, kohta 44.

<sup>289</sup> C-414/06 Lidl Belgium, kohta 45.

<sup>290</sup> C-414/06 Lidl Belgium, julkisasiamiehen ratkaisuehdotus, kohdat 22–24.

<sup>291</sup> C-414/06 Lidl Belgium, julkisasiamiehen ratkaisuehdotus, kohta 25.

<sup>292</sup> C-414/06 Lidl Belgium, kohta 47.

sijoittautumisvapauden rajoituksen, ylitetään se, mikä on tarpeen yhteisön oikeudessa tunnustettujen hyväksyttävien tavoitteiden saavuttamiseksi, olisivat täyttyneet”.<sup>293</sup>

Äsken mainittuun tuomioistuimen lausumaan on syytä kiinnittää erityistä huomiota. Tuomioistuin toteaa siinä hyvin selvästi, että Marks & Spencer -tuomion kohdan 55 edellytyksillä (lopullisten tappioiden edellytyksillä) määritetään se, missä tilanteissa sijoittautumisvapautta rajoittavalla toimenpiteellä ylitetään suhteellisuusperiaatteen raja. Viesti on sama kuin Marks & Spencer -tuomion lauseessa

”mikäli on mahdollista löytää muita vähemmän rajoittavia toimenpiteitä [kuin lopullisia tappioita koskevan vähennysoikeuden myöntäminen], tällaiset toimenpiteet edellyttävät joka tapauksessa yhteisön lainsäätäjän antamia yhdenmukaistamissäännöksiä”.<sup>294</sup>

Näiden tuomioistuimen lausumien perusteella näyttäisi olevan selvää, että tuomioistuimen mielestä sijoittautumisvapautta voidaan rajoittaa enemmänkin kuin on tarpeen. Ainoa suhteellisuusperiaatteen asettama este sijoittautumisvapautta rajoittaville säännöksille olisi tuomioistuimen mukaan se, että vähennysoikeus on myönnettävä lopullisten tappioiden osalta.

Syy, miksi tuomioistuin halusi asettaa suhteellisuusperiaatteelle edellä kuvatun rajoituksen saattaa johtua Marks & Spencer -tuomion yhteydessä käsitellyistä Terran ja Wattelin subject-to-tax ja always-somewhere -lähestymistavoista. Tuomioistuimella oli Marks & Spencer -tuomiossa tarve poiketa subject-to-tax -lähestymistavastaan vertailukelpoisuuden arvioinnissa, koska se halusi päästä tuomiossa lopputulokseen, jossa lopulliset tappiot ovat vähennyskelpoisia. Poikettuaan pääsäännöstään subject-to-tax -lähestymistavasta, sen oli kuitenkin pakko asettaa suhteellisuusperiaatteelle rajoitus, jotta väliaikaiset tappiot eivät olisi olleet vähennyskelpoisia.<sup>295</sup>

Muutoin tuomioistuimen logiikkaa on hankala ymmärtää. Suhteellisuusperiaate ei ole mikään tuomioistuimen keksimä sääntö, jota sillä on oikeus muuttaa. Jäsenvaltiot ovat allekirjoittaessaan perussopimukset sitoutuneet noudattamaan niiden määräyksiä, mukaan lukien kieltoa asettaa rajoituksia vapaalle sijoittautumisoikeudelle.<sup>296</sup> Koska

<sup>293</sup> C-414/06 Lidl Belgium, kohta 51.

<sup>294</sup> C-446/03 Marks & Spencer, kohta 58.

<sup>295</sup> Ks. luku 4.1.1.2.

<sup>296</sup> SEUT 49.

harmonisointitoimenpiteet välittömän verotuksen alueella ovat jääneet hyvin vähäisiksi, sopimuksen määräyksistä voidaan poiketa ”jos sitä voidaan pitää perusteltuna yleistä etua koskevista pakottavista syistä”.<sup>297</sup> On kuitenkin sanomattakin selvää, että määräyksistä ei voida poiketa enempää kuin on tarpeen.<sup>298</sup>

Schön toteaa, että verotusoikeuden tasapainoisen jakautumisen käsitteen tarkoitus ei ole lokeroida sisämarkkinoita pieniksi sisäänpäin kääntyneiksi blokeiksi. Käsitteen tarkoitus on varmistaa se, että jäsenvaltioiden verosuvereniteettia ei loukata laillisessa mielessä tai tosiasiallisesti vähennetä. Näin ei Schönin mukaan kuitenkaan käy mikäli yhtiön asuinvaltio myöntää tappionhyvityksen kiinteän toimipaikan tappioista ja myöhemmin verottaa tulevien vuosien voittoja recapture-menetelmää soveltamalla. Menettely ei mitenkään vaaranna myöskään kiinteän toimipaikan sijaintivaltion verotusoikeutta.<sup>299</sup>

Lisäksi on selvää, että recapture-menetelmän soveltaminen on mahdollista ilman yhteisön lainsäätäjän antamia yhdenmukaistamissäännöksiä, joihin tuomioistuin kohdassa 51 viittaa. Tästä selvimpänä todisteena voidaan pitää sitä, että sama järjestelmä oli jo aiemmin käytössä Saksassa ja on edelleen käytössä Hollannissa. Järjestelmän käyttöönotto ei todistetusti edellytä sitä, että kaikki EU-maat ottaisivat sen käyttöön.<sup>300</sup> Edelleen on selvää, että Saksan motiivi olla huomioimatta kiinteälle toimipaikalle syntyneitä tappioita ei johdu siitä, että recapture-menetelmän soveltaminen vaarantaisi suhteettomasti verotusvallan tasapainoisen jakautumisen. Todellisuudessa Saksa luopui järjestelmän käytöstä, koska Saksan veroviranomaisilla oli ongelmia järjestelmän hallinnoinnissa, mikä johti siihen että tappioita huomioitiin enemmän kuin myöhempiä voittoja verotettiin.<sup>301</sup> Hallinnollisia ongelmia ei ole kuitenkaan koskaan vielä hyväksytty perusteeksi sijoittautumisvapauden rajoittamiselle.<sup>302</sup>

Tuomioistuin totesi vielä tuomion lopussa, ikään kuin lohdutuspalkkiona Lidl Belgiumille tai perusteluna omalle ratkaisulleen, että Luxemburgin verolainsäädäntö sallii kiinteän toimipaikan tappioiden vähentämisen tulevina verovuosina ja huomautti, että Lidl Belgium

---

<sup>297</sup> C-446/03 Marks & Spencer, kohta 35.

<sup>298</sup> Myös de Wilden mielestä mikä tahansa alueperiaatteen ilmaisu (expression of territoriality principle) jäsenvaltioiden taholta on väistämättä suhteellisuusperiaatteen vastainen, mikäli sama tavoite voidaan saavuttaa vähemmän rajoittavilla toimenpiteillä. Ks. de Wilde 2010, s. 179.

<sup>299</sup> Schön 2008, s. 820–822.

<sup>300</sup> Weber 2011, s. 32.

<sup>301</sup> Ludicke 2007, s. 75.

<sup>302</sup> Kiegebeld & Smit 2011, s. 143.

olikin hyödyntänyt tämän mahdollisuuden neljä vuotta tappioiden syntymisen jälkeen.<sup>303</sup> Tuomioistuimien vaikuttaa kokonaan unohtaneen, mikä arvo on mahdollisuudella tasata tappiot niiden syntyvuonna. Wimpissinger hahmottaa tilanteen epäedullisuutta esimerkillä, jossa yhtiö on tehnyt 10 miljoonan euron voiton asuinvaltiossaan (pääkonttorillaan), mutta sen toisessa jäsenvaltiossa sijaitseva kiinteä toimipaikka on tehnyt seitsemän miljoonan tappion. Mikäli kiinteää toimipaikan tappiota ei voida vähentää samana verovuonna, asuinvaltion yhteisöveroprosentin ollessa 30 yhtiö maksaa veroja kolme miljoonaa, vaikka sen nettotulos ei ole enempää kuin tuo sama kolme miljoonaa. Verojen maksu on mahdollisesti katettava ottamalla lainaa. Wimpissinger toteaa, että tämän kaltainen rajoitus on kaikkein vahingollisin keskisuurille yrityksille. Suurilla monikansallisilla yhtiöillä on yleensä huomattavasti paremmat mahdollisuudet tuloksen tasaamiseen konserninsa sisällä.<sup>304</sup>

#### **4.3.3. Rajat ylittävän tappiovähennyksen puolesta ja vastaan**

Tuomioistuimen omaksuma linja rajat ylittävien tappioiden verokohtelussa, niin konsernitilanteessa kuin kiinteiden toimipaikkojen osalta, jakaa asiantuntijat kahteen leiriin. Osan mielestä tuomioistuimen ratkaisut eivät riittävästi edistä yhteismarkkinatavoitteiden saavuttamista.<sup>305</sup> Toisten mielestä tuomioistuimen harjoittamat yhtenäistämistoimenpiteet loukkaavat jäsenvaltioiden verosuvereniteettia ja kuuluisivat ennemminkin EU:n lainsäädännön tehtäväksi.<sup>306</sup>

Varmasti kiusallisin kritiikki osui tuomioistuimeen sen omasta leiristä, kun julkisasiamies Sharpston kritisoi tuomioistuimen ratkaisua Marks & Spencer –tapauksessa. Sharpstonin mukaan recapture-säännön soveltaminen olisi selvästi vähemmän sijoittautumisvapautta rajoittava toimenpide kuin vähennysoikeuden täyskielto ja siten paremmin suhteellisuusperiaatteen mukainen. Sharpstonin mielestä tämä pätee sekä Lidl Belgium että Marks & Spencer –tuomioon.<sup>307</sup> Mikäli kiinteän toimipaikan tappioita ei voida vähentää välittömästi yhtiön asuinvaltion verotuksessa, aiheutuu tästä yhtiölle kassavirtahaittaa.<sup>308</sup> Recapture-sääntöä soveltamalla voitaisiin Sharpstonin mukaan paitsi välttää yhtiölle aiheutuva kassavirtahaitta myös saavuttaa rajoituksen taustalla olevat tavoitteet koskien

<sup>303</sup> C-414/06 Lidl Belgium, kohdat 49–53.

<sup>304</sup> Wimpissinger 2008, s. 180.

<sup>305</sup> Ks. esim. Wimpissinger 2008, Schön 2008, de Wilde 2010 ja Haslehner 2010.

<sup>306</sup> Ks. esim. O'Shea 2008, O'Shea 2008a ja Meussen 2008.

<sup>307</sup> C-414/06 Lidl Belgium, julkisasiamiehen ratkaisuehdotus, kohdat 24–25.

<sup>308</sup> C-414/06 Lidl Belgium, julkisasiamiehen ratkaisuehdotus, kohta 28.

verotusvallan tasapainoista jakautumista ja tappioiden kahdenkertaisen vähentämisen estämistä. Tosin hän myöntää, että recapture-sääntö merkitsisi voittojen verotusoikeuden ja tappioiden vähennysvelvollisuuden välisen symmetrian rikkoutumista ja täten sitä, ettei tavoitetta verotusvallan tasapainoisesta jakautumisesta täysin saavutettaisi. Näin aiheutuva epäsymmetria olisi kuitenkin vain väliaikaista, kunnes kiinteä toimipaikka tulee jälleen voitolliseksi.<sup>309</sup>

Samalla kannalla Sharpstonin kanssa ovat muun muassa Wimpissinger ja Schön. Wimpissingerin mielestä Lidl Belgium -tuomiossa kynnnyksen oikeuttamisperusteiden vapaan sijoittautumisoikeuden rajoittamisen hyväksymiselle, olisi pitänyt olla huomattavasti korkeampi kuin Marks & Spencer -tuomiossa. Tytäryhtiö on itsenäinen verovelvollinen, kun taas kiinteä toimipaikka – toisin kuin tuomioistuim väittää<sup>310</sup> – ei ole itsenäinen verovelvollinen. Tuomioistuim näyttäisi antavan siunauksensa verosopimuksen vapautusmenetelmän soveltamiselle toteamalla, että ”verotusvallan jakamisen osalta on järkevää, että jäsenvaltiot seuraavat kansainvälistä käytäntöä ja varsinkin OECD:n laatimia mallisopimuksia”.<sup>311</sup> Tämä on kuitenkin vastoin tuomioistuimen vakiintunutta oikeuskäytäntöä, jonka mukaan verosopimusten on kansallisen lainsäädännön tavoin noudatettava EU-oikeuden määräyksiä.<sup>312</sup>

Schön pohtii, onko jäsenvaltioilla oikeus osana niiden verosuvereniteettia asettaa alueelliset rajat verotukselleen. Useiden verolajien, kuten esimerkiksi kulutus- ja kiinteistöverojen osalta vastaus on kyllä. Tällöin verotus on suunniteltu koskemaan vain valtion alueella tapahtuvaa taloudellista toimintaa. Useimpien valtioiden tuloverotus on kuitenkin tarkoitettu vastaamaan verovelvollisten veronmaksukykyisyyttä. Tällöin verovelvollisia verotetaan heidän maailmanlaajuisista tuloistaan. Veronmaksukykyisyyden kannalta ei ole merkitystä, missä jokin (positiivinen tai negatiivinen) tulo on syntynyt. Tällöin kaikenlainen erottelu ulkomaisen ja kotimaisen tulon välillä on keinotekoista.

Mikäli jäsenvaltio on päättänyt soveltaa tuloverotuksessaan veronmaksukykyisyyden perustetta, tällöin Schönin mukaan kaikki alueelliset rajoitteet on pystyttävä perustelemaan perusvapauksien näkökulmasta.<sup>313</sup> Verosopimustilanteissa, joissa sovelletaan

---

<sup>309</sup> C-414/06 Lidl Belgium, julkisasiamiehen ratkaisuehdotus, kohta 24.

<sup>310</sup> C-414/06 Lidl Belgium, kohta 21.

<sup>311</sup> C-414/06 Lidl Belgium, kohta 22.

<sup>312</sup> Wimpissinger 2008, s. 179.

<sup>313</sup> Schön 2008, s. 818–821

vapautusmenetelmää, on selvää, että kyseiset sopimusvaltiot soveltavat veronmaksukykyisyyden periaatetta. Sopimusvaltiot ovat vain tiettyjen sopimuskumppaneiden kanssa solmimissaan sopimuksissa luopuneet oikeudestaan verottaa tiettyä tuloa. Lisäksi useat vapautusmenetelmää verosopimuksissaan soveltavat valtiot varaavat itselleen oikeuden huomioida vapautettu tulo progressiivisen veroasteen laskennassa. Tällaisessa tilanteessa ei voida väittää jäsenvaltion noudattavan johdonmukaisesti hyötyperiaatteeseen (benefit principle) pohjautuvaa järjestelmää, jolloin veronmaksukykyisyyden periaatteesta poikkeaminen on perusteltava.<sup>314</sup> Schön ei kuitenkaan näe, että Lidl Belgiumin kaltaisessa tapauksessa tappiovähennyksen kiellolle voisi olla olemassa hyväksyttäviä oikeuttamisperusteita.<sup>315</sup>

O'Shea toteaa, että unionin tasoisten yhtenäistämistoimenpiteiden puuttuessa, jäsenvaltioilla on toimivalta keskenään sopia verosopimuksissaan vapautusmenetelmän soveltamisesta.<sup>316</sup> Hän kuitenkin unohtaa, että tästä huolimatta jäsenvaltioiden on noudatettava EU-oikeutta yhtä lailla verosopimuksia solmiessaan kuin lainsäädännössäänkin.<sup>317</sup> O'Shea toteaa myös tuomioistuimella ei ole oikeutta edellyttää jäsenvaltiota ottamaan käyttöön jotain tiettyä verolakia, kuten recapture-järjestelmää.<sup>318</sup> O'Shean mukaan tuomioistuimella oli oikeus Marks & Spencer -tuomiossa ainoastaan todeta, että kyse oli sijoittautumisvapauden rajoittamisesta, kun emoyhtiö pystyi osoittamaan, että kyseessä olevat rajat ylittävät tappiot olivat jäämässä lopullisiksi. Sen sijaan tuomioistuimella ei ollut toimivaltaa edellyttää Iso-Britannialta mitään tiettyä toimenpidettä asian korjaamiseksi.<sup>319</sup>

O'Shean perustelu ei ole kovin vakuuttava. Haslehner toteaa, että yhtälailla tuomioistuin olisi voinut Marks & Spencer ja Lidl Belgium -tuomioissa todeta, että myös väliaikaisten rajat ylittävien tappioiden on oltava vähennyskelpoisia. Tähän tuomioistuin olisi voinut lisätä, että jäsenvaltioilla on oikeus soveltaa recapture-menetelmää verottaakseen asuinvaltionsa yhtiötä sen ulkomaiselle kiinteälle toimipaikalle tai tytäryhtiölle myöhemmin syntyneitä voittoja vastaavasta määrästä. Haslehnerin mukaan tuomioistuimella on ehdottomasti riittävä

---

<sup>314</sup> Schön 2008. s. 821–822.

<sup>315</sup> Schön 2008. s. 822–823.

<sup>316</sup> O'Shea 2008a.

<sup>317</sup> Helminen 2009, s. 42.

<sup>318</sup> O'Shea 2008a.

<sup>319</sup> O'Shea 2008a.

toimivalta päättää, että jokin toimenpide on suhteellisuusperiaatteen vastainen, mikäli on löydettävissä vähemmän rajoittavia vaihtoehtoja.<sup>320</sup>

#### 4.4. Papillon

Tapaus Papillon koski Ranskan konserniverojärjestelmää ja sen rajoittavuutta sijoittautumisvapauden näkökulmasta. Ranskassa sovelletaan niin sanottua verotulosten kokoamisjärjestelmää (integration system) tai keskitettyä verojärjestelmää, kuten tuomioistuin sitä nimittää. Kokoamisjärjestelmässä konserniyhtiöiden tulokset ja tappiot voidaan halutessa siirtää verotettavaksi emoyhtiön tasolla, jolloin konserni tulee verotetuksi nettotuloksestaan. Jotta yksittäinen tytäryhtiö voi kuulua koontijärjestelmän piiriin, emoyhtiön tulee tilikauden aikana keskeytyksettä omistaa tytäryhtiön yhtiöpääomasta vähintään 95 prosenttia välittömästi tai välillisesti konserniin kuuluvien yhtiöiden välityksellä. Mikäli emoyhtiö omistaa jonkin tytäryhtiön välillisesti (tytäryhtiön tytäryhtiö), myös väliomistajana olevan tytäryhtiön on oltava yhteisöveron alainen Ranskassa, jotta välillisesti omistettu tytäryhtiö voisi kuulua koontijärjestelmän piiriin.<sup>321</sup>

Tuomio koskee mainittua väliomistajana olevan tytäryhtiön asuinpaikkaan liittyvää säännöstä. Papillon omisti 100 prosenttia hollantilaisen Artist Performance and Communication -nimisen yhtiön osakepääomasta ja viimeksi mainittu yhtiö puolestaan omisti 99,99 prosenttia ranskalaisen SARL Kiron -nimisen yhtiön osakepääomasta. Jälkimmäiseen yhtiöön ei voitu soveltaa Ranskassa keskitettyä verojärjestelmää, koska sen omisti yhtiö, joka ei ollut yhteisöveron alainen Ranskassa. Papillon valitti asiasta aina ylimpään oikeusasteeseen (Conseil d'État), joka päätti kysyä EU-tuomioistuimelta, onko kyseinen säännös sijoittautumisvapautta rajoittava ja onko mahdollinen rajoitus perusteltavissa.<sup>322</sup>

Ensimmäisen ennakkoratkaisukysymyksen osalta tuomioistuin totesi, että koska kyseessä olevilla säännöksillä saatetaan yhteisön tilanteet verotuksellisesti epäedullisempaan asemaan kuin puhtaasti kansalliset tilanteet, nämä säännökset muodostavat sijoittautumisvapauden rajoituksen.<sup>323</sup> Tämä rajoitus oli perusteltavissa verojärjestelmän johdonmukaisuutta koskevalla oikeuttamisperusteella, sillä varauksella, että rajoitus on myös

---

<sup>320</sup> Haslehner 2010, s. 42.

<sup>321</sup> C-418/07 Papillon, kohdat 3-4.

<sup>322</sup> C-418/07 Papillon, kohdat 7-13.

<sup>323</sup> C-418/07 Papillon, kohta 32.



suhteellisuusperiaatteen mukainen.<sup>324</sup> Sijoittautumisvapautta rajoittavilla säännöksillä kuitenkin ylitettiin se, mikä on tarpeen rajoituksen taustalla olevan tavoitteen saavuttamiseksi, eikä niitä näin ollen voitu perustella tarpeella varmistaa verojärjestelmän johdonmukaisuus.<sup>325</sup>

#### **4.4.1. Verojärjestelmän johdonmukaisuus tekee paluun**

Tapauksessa ei hyväksytty verotusvallan tasapainoiseen jakautumiseen liittyvää oikeuttamisperustetta, kuten Marks & Spencer ja Oy AA -tuomioissa. Kyse ei ollut ulkomaisen tytäryhtiön tappioiden vähentämisestä Ranskassa, vaan siitä, millä edellytyksillä ranskalainen yhtiö voi kuulua keskitetyn verotuksen piiriin. Kysymykset voittojen ja tappioiden huomioonottamisesta koskivat vain ranskalaisia yhtiöitä.<sup>326</sup>

Sen sijaan tuomioistuimien hyväksyi verojärjestelmän johdonmukaisuuden oikeuttamisperusteeksi rajoittavalle järjestelmälle, jos sillä ei ylitetä suhteellisuusperiaatteen kriteereitä. Syy tämän oikeuttamisperusteen hyväksynnälle oli se, että kyseessä olevalla rajoittavalla järjestelmällä taataan, että tytäryhtiön tappioita ei käytetä kahteen kertaan. Jos nimittäin väliomistajana oleva tytäryhtiö sijaitsee Hollannissa, on vaarana, että tämän omistaman ranskalaisen tytäryhtiön sama tappio otettaisiin huomioon sekä tappiona konsernin verotuksessa Ranskassa että arvonalentumistappiona Hollannissa. Jos kaikki kolme yhtiötä kuuluvat Ranskan keskitetyn verotuksen piiriin, arvonalennusvaraukset emoyhtiön ja välittömästi omistetun tytäryhtiön osalta neutralisoidaan eikä niitä huomioida konsernin verotuksessa. Väliomistajan ollessa hollantilaisyhtiö, konsernin sisäisiä toimenpiteitä ei neutralisoida, sillä ulkomailla asuva tytäryhtiö ei kuulu keskitetyn verotuksen piiriin.<sup>327</sup>

#### **4.4.2. Suhteellisuusperiaatteelle asetettu rajoitus ei koske verojärjestelmän johdonmukaisuutta**

Ranskan keskitetty verojärjestelmä ei kuitenkaan täyttänyt suhteellisuusperiaatteen kriteereitä, koska tilanteessa oli mahdollista soveltaa vähemmän rajoittavia toimenpiteitä. Ensinnäkin tuomioistuimen mielestä Ranskalla oli virka-apudirektiivin<sup>328</sup> suoma mahdollisuus pyytää tarvittavat tiedot toisen jäsenvaltion viranomaisilta liittyen tappioiden

<sup>324</sup> C-418/07 Papillon, kohdat 51–52.

<sup>325</sup> C-418/07 Papillon, kohta 62.

<sup>326</sup> C-418/07 Papillon, kohdat 34–40.

<sup>327</sup> C-418/07 Papillon, kohdat 41–51.

<sup>328</sup> Neuvoston direktiivi 77/799/ETY.

käyttämiseen. Toisekseen sillä oli mahdollisuus pyytää samat tiedot konsernin emoyhtiöltä. Erityisesti tuomioistuimien tuntui painottavan sitä, että konsernin emoyhtiölle ei suotu edes mahdollisuutta osoittaa, että riskiä tappioiden käyttämisestä kahteen kertaan ei ole. Näin ollen Ranskan sijoittautumisvapautta rajoittavilla verosäännöksillä ylitettiin se, mikä on tarpeen säännösten tavoitteiden saavuttamiseksi, eikä niitä voitu perustella tarpeella varmistaa verojärjestelmän johdonmukaisuus.<sup>329</sup>

Tuomioistuimen Marks & Spencer ja Lidl Belgium -tuomioissa suhteellisuusperiaatteelle asetettu rajoitus ei näy Papillon -tuomiossa. Tuomioistuin antaa ratkaisussaan jopa kaksi esimerkkiä vähemmän rajoittavista toimenpiteistä. Tämä vaikuttaisi olevan ristiriidassa tuomioistuimen suhteellisuusperiaatteelle asettaman rajoituksen kanssa. Lidl Belgium -tuomion kohdassa 51 todettiin: ”Lidl Belgium ei ole osoittanut, että edellä mainitussa asiassa Marks & Spencer annetun tuomion 55 kohdassa esitetyt edellytykset, joilla määritetään se, missä tilanteissa toimenpiteellä, joka muodostaa EY 43 artiklassa tarkoitetun sijoittautumisvapauden rajoituksen, ylitetään se, mikä on tarpeen yhteisön oikeudessa tunnustettujen hyväksyttävien tavoitteiden saavuttamiseksi, olisivat täyttyneet.”<sup>330</sup>

Mainitun Lidl Belgium -kohdan voisi ensinnäkin ymmärtää tarkoittavan sitä, että mikä tahansa sijoittautumisvapauden rajoitus ylittää suhteellisuusperiaatteen kriteerit vain sellaisessa tilanteessa, jossa rajoittavalla säännöksellä evätään mahdollisuus rajat ylittävien lopullisten tappioiden vähentämiseen. Tällöin Papillon-tuomiota olisi tulkittava niin, että tuomioistuin on muuttanut kantaansa, kun se nyt totesi suhteellisuusperiaatteen kriteerien ylittyneen muilla edellytyksillä kuin niillä, jotka määritellään Marks & Spencer -tuomion kohdassa 55.

Toinen tulkintavaihtoehto on se, että Marks & Spencer ja Lidl Belgium -tuomioissa suhteellisuusperiaatteelle asetettu rajoitus koskee vain niitä tavoitteita, joilla sijoittautumisvapauden rajoitusta perusteltiin kyseisissä tuomioissa. Suhteellisuusperiaatteen rajoitus koskisi siis ennen kaikkea verotusvallan tasapainoista jakautumista jäsenvaltioiden kesken. Näin ollen tilanteessa, jossa sijoittautumisvapauden rajoituksella tavoitellaan verotusvallan tasapainoista jakautumista jäsenvaltioiden kesken, tuomioistuin ei edellytetä jäsenvaltioita soveltamaan vähiten rajoittavaa toimenpidettä. Riittävää on, että ulkomaisen tytäryhtiön tai kiinteän toimipaikan lopulliset tappiot ovat vähennyskelpoisia emoyhtiön tai

<sup>329</sup> C-418/07 Papillon, kohdat 52–62.

<sup>330</sup> C-414/06 Lidl Belgium, kohta 51.

pääkonttorin asuinvaltion verotuksessa. Tätä tulkintavaihtoehtoa voitaneen pitää todennäköisempänä. Papillon-tuomio ei muutenkaan varsinaisesti käsittele rajat ylittävien tappioiden verokohtelua, koska tappiontasaus tapahtui ranskalaisten yhtiöiden välillä. Tästä johtuen tilanteessa ei olisi edes voinut syntyä rajat ylittäviä lopullisia tappioita. Mahdollista on kuitenkin myös se, että huolimatta Lidl Belgium -tuomiossa käytetystä sanamuodosta, suhteellisuusperiaatteen rajoitus koskee ainoastaan tilannetta, jossa on kyse ulkomaisen tytäryhtiön tai kiinteän toimipaikan tappioista.

Papillon -tuomion voidaan sanoa olevan askel eteenpäin tuomioistuimen oikeuskäytännössä ja vapaan sijoittautumisoikeuden edistämisessä. Eri asia on, minkälaisia oikeusohjeita siitä voidaan johtaa koskien tapauksia, joissa on kyse rajat ylittävien tappioiden vähennysoikeudesta ja joissa sijoittautumisvapauden rajoitusta perusteellaan verotusvallan tasapainoisella jakautumisella jäsenvaltioiden kesken. Tuomio vahvistaa kuitenkin useissa jäsenvaltioissa omaksutun linjan, jonka mukaan tappiontasausjärjestelmää voidaan soveltaa myös välillisesti omistettuun tytäryhtiöön, jonka välitön omistaja asuu verotuksellisesti jossain toisessa jäsenvaltiossa.

Suomessa KHO on ratkaissut kaksi vastaavanlaista tapausta, joissa oli kyse konserniavustuksen vähennyskelpoisuudesta silloin, kun konserniavustuksen antajana oli ulkomaalaisen konserniyhtiön kautta välillisesti omistettu kotimainen tytäryhtiö. KHO päätti ratkaisuisaan, perustuen verosopimusten syrjäntäkieltoartiklaan, että konserniavustuksen vähennyskelpoisuutta arvioitaessa väliomistajan asuinpaikalla ei saa olla merkitystä.<sup>331</sup> EU-tuomioistuin päätyi Papillon-tuomiossaan samaan lopputulokseen kuin KHO, mutta perustaen ratkaisunsa SEUT 49 artiklan sijoittautumisvapauteen. Tuomiolla on välitön vaikutus luonnollisesti Ranskan verotulosten kokoamisjärjestelmään. Lisäksi se saattaa johtaa samantyyppisiin lakimuutoksiin Espanjassa, Portugalissa ja Hollanissa.<sup>332</sup>

## **4.5. X Holding**

Tapaus X Holding vaikuttaisi olevan tässä tutkielmassa käsitellyistä tuomioistuimen ratkaisuista epäloogisin ja ehkä selkeimmin väärä ratkaisu. Van Thiel ja Vascega toteavat, että X Holding -ratkaisu on tuomioistuimen välitöntä verotusta koskevan oikeuskäytännön

---

<sup>331</sup> Ks. KHO 1992 B 509 ja 510 ja Andersson et al. 2009, s. 785–786. Suomen lisäksi mahdollisuus tappiontasaukseen ulkomaisesta väliomistajasta huolimatta on olemassa ainakin Tanskassa, Saksassa, Irlannissa, Italiassa, Luxemburgissa ja Iso-Britanniassa. Ks. Boulougne 2011, s. 178 sekä Durand & Rutschmann 2009, s. 129.

<sup>332</sup> Durand & Rutschmann 2009, s. 129.

ehdoton pohjanoteeraus.<sup>333</sup> Erityisesti tapa, jolla tuomioistuimien käsitteli suhteellisuusperiaatetta on herättänyt kiivasta keskustelua ja kritiikkiä.<sup>334</sup> Jos aiemmin tuomioistuimella on ollut tapana sekoittaa vertailukelpoisuuden ja oikeuttamisperusteiden arvioinnit keskenään, niin tällä kertaa keskenään sekaisin menivät suhteellisuusperiaate, vertailukelpoisuus ja oikeuttamisperusteet. Lisäksi vertailukelpoisuuden arvioinnissa sekaannusta tuntui olevan vertailuparien valinnassa. Ensin vertailussa olivat ulkomainen tytäryhtiö ja kotimainen tytäryhtiö, mutta myöhemmin vertailtiin ulkomaista tytäryhtiötä ja ulkomaista kiinteää toimipaikkaa.

Tapauksessa oli kyse Hollannin konserniverojärjestelmän sijoittautumisvapautta rajoittavasta luonteesta. Hollannissa on käytössä hyvin pitkälle menevä konserniverojärjestelmä, jossa konserniin kuuluvat yhtiöt voivat halutessaan perustaa ”verotuksellisen yksikön”. Tällöin konserniyhtiöitä verotetaan ikään kuin olisi kyse yhdestä verovelvollisesta siinä mielessä, että tytäryhtiöiden toiminnot ja varallisuus ovat osa emoyhtiön toimintaa ja varallisuutta. Koko konsernin verot maksaa emoyhtiö. Edellytyksenä järjestelmän soveltamiselle on, että emoyhtiö omistaa tytäryhtiöstä vähintään 95 prosenttia ja että molemmat asuvat verotuksellisesti Hollannissa. Kotimaisten tytäryhtiöiden lisäksi järjestelmää sovelletaan ulkomaisiin (ja kotimaisiin) kiinteisiin toimipaikkoihin.<sup>335</sup> Käytännössä järjestelmän soveltaminen johtaa siihen, että verotusyksikköön kuuluvia tytäryhtiöitä kohdellaan verotuksellisesti samalla tavalla kuin kiinteitä toimipaikkoja.<sup>336</sup>

X Holding omisti kokonaan belgialaisen yhtiön F, jonka kanssa se aikoi perustaa Hollannin yhteisöverolain mukaisen verotuksellisen yksikön. Tuomioistuimelta kysyttiin ennakkoratkaisukysymyksenä ovatko vapaata sijoittautumisoikeutta koskevat EY-sopimuksen artikkelit 43 ja 48<sup>1</sup> esteenä jäsenvaltion lainsäädännölle, jossa konserniyhtiöiden mahdollisuus muodostaa verotuksellinen yksikkö rajataan koskemaan konserniyhtiöitä, jotka verotuksellisesti asuvat kyseisessä jäsenvaltiossa.<sup>1</sup> Tuomioistuin totesi, että kyseisen kaltainen mahdollisuus konsernin tappiontasaukseen muodostaa kyseisille yhtiöille edun. Edun epääminen emoyhtiöltä, jolla on toisessa jäsenvaltiossa asuvia tytäryhtiöitä, ”on omiaan estämään tällaisia emoyhtiöitä käyttämästä sijoittautumisvapautta”.<sup>1</sup> Tuomioistuimen

<sup>333</sup> van Thiel & Vascega 2010, s. 348. Samaa mieltä on Weber 2011, s. 26.

<sup>334</sup> Ks. erityisesti van Thiel & Vascega 2010 ja de Wilde 2010. Lisäksi International Tax Review -lehden haastattelemat Otto Marres, Dennis Weber ja X Holdingia oikeudessa edustanut PwC:n Sjoerd Douma, International Tax Review 1.4.2010 ”Is The X Holding judgment off Marks?”

<sup>335</sup> C-337/08 X Holding, kohta 5.

<sup>336</sup> van Thiel & Vascega 2010, s. 344.

mukaan sellaisen emoyhtiön tilanne, jolla on tytäryhtiö toisessa jäsenvaltiossa, on objektiivisesti arvioiden rinnastettavissa sellaisen emoyhtiön tilanteeseen, jolla on tytäryhtiö kotimaassa. Tästä seurasi luonnollisesti se, että kyseisellä verojärjestelmällä rajoitettiin sijoittautumisvapautta, ja tämä rajoitus oli perusteltava yhdellä tai useammalla hyväksyttävällä oikeuttamisperusteella.<sup>1</sup> Tuomioistuin totesi verotusvallan tasapainoisen jakautumisen olevan hyväksyttävä oikeuttamisperuste. Tätä se perusteli erityisesti sillä, että Hollannin säännökset sallivat emoyhtiön päättää vuosittain verotuksellisen yksikön muodostamisesta tytäryhtiöidensä tai sen purkamisesta. Tämä mahdollisuus johtaisi tuomioistuimen mukaan siihen, että ”emoyhtiö voi vapaasti valita jäsenvaltion, jossa se käyttää tällaisen tytäryhtiön tappiot”.<sup>1</sup>

Verotuksellisen yksikön muodostaminen johtaa käytännössä siihen, että verotusyksikköön kuuluvia tytäryhtiöitä kohdellaan verotuksellisesti samalla tavalla kuin kiinteitä toimipaikkoja. Tähän nojaten X Holding ja komissio esittivät vähemmän rajoittavana toimenpiteenä sitä että, ”ulkomaisia tytäryhtiöitä voitaisiin kohdella rajat ylittävän verotuksellisen yksikön rajoissa samoin kuin ulkomaisia kiinteitä toimipaikkoja”. Tämä tarkoittaisi ulkomaisen tytäryhtiön tappioiden väliaikaista huomioonottamista ja myöhempää verottamista recapture-menetelmää soveltamalla. Tämä olisi X Holdingin ja komission mielestä vähemmän rajoittava ja siten paremmin suhteellisuusperiaatteen mukainen toimenpide kuin ulkomaisten tytäryhtiöiden rajaaminen kokonaan säännöksen ulkopuolelle.<sup>337</sup>

Tuomioistuin ei hyväksynyt tätä ehdotusta.<sup>338</sup> Kielteistä kantaansa se perusteli hyvin yllättävällä tavalla:

”[S]e, että jäsenvaltio päättää sallia ulkomaisen kiinteän toimipaikan tappioiden tilapäisen vähentämisen yrityksen päätoimipaikan sijaintipaikassa, ei näet tarkoita, että jäsenvaltion olisi laajennettava tämä etuus koskemaan myös kyseisessä jäsenvaltiossa olevan emoyhtiön ulkomaisia tytäryhtiöitä”.<sup>339</sup>

Tämä johtuu tuomioistuimen mukaan siitä, että:

”toisessa jäsenvaltiossa olevat kiinteät toimipaikat ja ulkomaiset tytäryhtiöt eivät nimittäin ole toisiinsa rinnastettavassa tilanteessa kaksinkertaisen verotuksen välttämiseksi tehdyn sopimuksen ja erityisesti sen 7 artiklan 1 kappaleen ja 23

<sup>337</sup> C-337/08 X Holding, kohta 35.

<sup>338</sup> C-337/08 X Holding, kohta 36.

<sup>339</sup> C-337/08 X Holding, kohta 37.

artiklan 2 kappaleen mukaisen verotusvallan jaon kaltaisen verotusvallan jaon suhteen. Tytäryhtiö on itsenäisenä oikeushenkilönä yleisesti verovelvollinen siinä tällaisen sopimuksen osapuolena olevassa valtiossa, jossa sen kotipaikka on, mutta tämä ei päde toisessa jäsenvaltiossa olevaan kiinteään toimipaikkaan, joka puolestaan kuuluu lähtökohtaisesti osittain lähtöjäsenvaltion verotustoimivallan piiriin.”<sup>340</sup>

Jostain syystä käsitellessään suhteellisuusperiaatetta, tuomioistuimien siirtyikin arvioimaan uudelleen vertailukelpoisuutta. Tällä kertaa vain ulkomaisen tytäryhtiön ja kiinteän toimipaikan vertailukelpoisuuden näkökulmasta. Seuraavaksi se totesi: ”[koska] toisessa jäsenvaltiossa olevat kiinteät toimipaikat ja ulkomaiset tytäryhtiöt eivät ole toisiinsa rinnastettavassa tilanteessa verotusvallan jaon suhteen, lähtöjäsenvaltiolla ei ole velvollisuutta soveltaa ulkomaisiin tytäryhtiöihin samaa verotusjärjestelmää kuin ulkomaisiin kiinteisiin toimipaikkoihin”.<sup>341</sup> Suhteellisuusperiaateanalyysinsä lopuksi tuomioistuimien käsitteli jostain syystä vielä uudelleen oikeuttamisperustetta ja totesi: ”etuuden laajentaminen jollakin tavoin koskemaan rajat ylittäviä tilanteita johtaisi [...] siihen, että emoyhtiöt voivat vapaasti valita jäsenvaltion, jossa ne käyttävät niiden ulkomaisen tytäryhtiön tappiot”.<sup>342</sup>

#### 4.5.1. Mitä tapahtui Rule of Reason -testille?

Nähdäkseen ratkaisun epäloogisuuden, tässä kohtaa on hyvä palauttaa mieleen tuomioistuimen perinteinen rule of reason -testi. Testin osakysymykset ovat nähtävissä myös X Holding tuomiossa:

1) Kohdellaanko järjestelmässä erilailla rajat ylittäviä ja kotimaisia tilanteita?

*Tuomioistuimen vastaus:* Kyllä, etuuden myöntäminen emoyhtiölle, jolla on kotimainen tytäryhtiö, kun sama etuus evätään sellaiselta emoyhtiöltä, jolla on toisessa jäsenvaltiossa asuvia tytäryhtiöitä.<sup>343</sup>

2) Onko järjestelmä omiaan rajoittamaan perusvapauksien käyttämistä?

*Tuomioistuimen vastaus:* Kyllä, sijoittautumisvapautta.<sup>344</sup>

---

<sup>340</sup> C-337/08 X Holding, kohta 38.

<sup>341</sup> C-337/08 X Holding, kohta 40.

<sup>342</sup> C-337/08 X Holding, kohta 41.

<sup>343</sup> C-337/08 X Holding, kohdat 18–19.

<sup>344</sup> C-337/08 X Holding, kohta 19.

3) Ovatko tilanteet objektiivisesti arvioituina toisiinsa rinnastettavissa?

*Tuomioistuimen vastaus:* Kyllä ja ei. Emoyhtiö, jolla on kotimainen tytäryhtiö ja emoyhtiö, jolla toisessa jäsenvaltiossa verotuksellisesti asuva tytäryhtiö ovat ”objektiivisesti arvioituina toisiinsa rinnastettavissa”.<sup>345</sup> Sen sijaan kotimainen yhtiö, jolla on toisessa jäsenvaltiossa verotuksellisesti asuva tytäryhtiö, ei ole vertailukelpoinen kotimaisen yhtiön kanssa, jolla on toisessa jäsenvaltiossa sijaitseva kiinteä toimipaikka.<sup>346</sup>

4) Onko erilainen kohtelu perusteltua yleistä etua koskevan pakottavan syyn eli oikeuttamisperusteen vuoksi?

*Tuomioistuimen vastaus:* Kyllä ja kyllä. Verotusvallan tasapainoisen jakautumisen takaamiseksi.<sup>347</sup>

5) Ylittääkö kyseinen järjestelmä sitä, mikä on tarpeen perusvapauksien rajoittamisen taustalla olevan tavoitteen saavuttamiseksi? Toisin sanoen, onko olemassa lievempi keino kyseisen tavoitteen saavuttamiseksi?

*Tuomioistuimen vastaus:* Poissa<sup>348</sup>

Rule of reason -analyysissään tuomioistuin kulki tuttua polkua vastaten neljään ensimmäiseen kysymykseen myöntävästi. Rajat ylittävää ja kotimaista tilannetta kohdeltiin tapauksessa erilailla, mikä oli omiaan rajoittamaan sijoittautumisvapauden käyttämistä. Rajat ylittävä tilanne oli vertailukelpoinen kotimaisen tilanteen kanssa, jolloin kyseessä oli sijoittautumisvapauden rajoitus. Rajoitus oli kuitenkin perusteltavissa hyväksyttävällä oikeuttamisperusteella, tarpeella säilyttää jäsenvaltioiden välinen verotusvallan jako.

Viidennen kysymyksen tuomioistuin esitti kohdassa 34: ”[k]oska tällainen järjestelmä on omiaan takaamaan kyseisen tavoitteen toteutumisen, on tutkittava, ylittääkö kyseinen järjestelmä sitä, mikä on tarpeen tämän tavoitteen saavuttamiseksi”.<sup>349</sup> X Holding ja komissio esittivät, että väliaikaisten tappioiden vähennysoikeus ja myöhempi verottaminen olisi tilanteessa vähemmän rajoittava toimenpide kuin kieltää ulkomaisen tytäryhtiön tappioiden vähentäminen kokonaan. Sama vaihtoehto vähemmän rajoittavana toimenpiteenä esiintyi aiemmin Lidl Belgium -tuomion yhteydessä, jossa tuomioistuin ei kuitenkaan edellyttänyt Saksalta säännöksen käyttöönottamista. Tuomioistuin ei hyväksynyt tätä X Holdingin ja komission ehdotusta. Kantaansa perustellessaan se ei kuitenkaan varsinaisesti vastannut suhteellisuusperiaatetta koskevaan kysymykseen. Sen sijaan tuomioistuimen alkoi

<sup>345</sup> C-337/08 X Holding, kohdat 20 ja 24.

<sup>346</sup> C-337/08 X Holding, kohta 38.

<sup>347</sup> C-337/08 X Holding, kohdat 20, 25 ja 33.

<sup>348</sup> C-337/08 X Holding, kohta 34.

<sup>349</sup> C-337-08 X Holding, kohta 34.

perusteluissaan kiertää kehää ja palasi takaisin analysoimaan vertailukelpoisuutta koskevaa kysymystä 3 ja vielä uudelleen oikeuttamisperusteita koskevaa kysymystä 4.

#### *4.5.1.1. Toinen vertailukelpoisuusarviointi*

Kysymyksen 3 uudelleen käsittelyssä vertailussa olivatkin emoyhtiö, jolla on ulkomainen tytäryhtiö ja yhtiö, jolla on ulkomainen kiinteä toimipaikka. Tuomioistuin vastasi ristiriitaisesti kysymykseen siitä, voidaanko tilanteessa soveltaa vähemmän rajoittavia toimenpiteitä, toteamalla, että ulkomainen tytäryhtiö ja kiinteä toimipaikka eivät keskenään vertailukelpoisia.<sup>350</sup> Tuomioistuin antoi tässä vastauksen täysin väärään kysymykseen. Ennakkoratkaisukysymyksessä ei edes kysytty rajoitetaanko Hollannin verojärjestelmässä verovelvollisen vapautta valita oikeusmuoto, jossa se päättää sijoittautua toiseen jäsenvaltioon. Tämäkin on tosin aiheellinen kysymys, mutta kuitenkin käsiteltävänä olevasta kysymyksestä täysin erillinen. Arvioinnilla kahden rajat ylittävän tilanteen vertailukelpoisuudesta ei ole mitään tekemistä suhteellisuusperiaatteen kanssa. Tuomiossa oli jo todettu, että kyseessä oleva rajat ylittävä tilanne on vertailukelpoinen kotimaisen tilanteen kanssa (vertikaalinen vertailu).<sup>351</sup> Tällöin asia on ratkaistava *rule of reason* -testin mukaisesti arvioimalla mahdollisia oikeuttamisperusteita rajoittavalle verojärjestelmälle ja sitä, voidaanko oikeuttamisperusteiden taustalla olevat tavoitteet saavuttaa vähemmän rajoittavilla toimenpiteillä. Kysymystä suhteellisuusperiaatteen toteutumisesta ei voida ratkaista palaamalla arvioimaan ulkomaisen tytäryhtiön ja kiinteä toimipaikan vertailukelpoisuutta (horisontaalinen vertailu). Myöskään toteamus siitä, että väliaikaisen tappiovähennyksen epääminen ei ole syrjivää tai rajoittavaa, ei vastaa kysymykseen olisiko recapture-menetelmän soveltaminen ollut tilanteessa vähemmän rajoittava toimenpide.<sup>352</sup>

Myös tuomioistuimen lähestymistapa arvioinnissa kahden rajat ylittävän tilanteen vertailukelpoisuudesta muodostaa ongelmallisen kehäpäätelmän. Tuomioistuimen pääasiallinen perustelu vertailukelpoisuuden puuttumiselle oli se seikka, että lähtövaltio ei ole oikeutettu verottamaan ulkomaista tytäryhtiötä toisin kuin ulkomaista kiinteää toimipaikkaa. Tämä seikka johtaa tuomioistuimen mukaan siihen, että nämä kaksi tilannetta eivät ole vertailukelpoisia keskenään.<sup>353</sup> Tällöin sen päätelmäksi muodostuu, että kotivaltio voi kohdella kahta toimijaa eri tavalla, koska nämä kaksi toimijaa eivät ole vertailukelpoisissa

<sup>350</sup> C-337/08 X Holding, kohta 38.

<sup>351</sup> C-337/08 X Holding, kohta 24.

<sup>352</sup> van Thiel & Vascega 2010, s. 341.

<sup>353</sup> C-337/08 X Holding, kohdat 38-40.



asemassa, mikä taas johtuu siitä, että kotivaltio kohtelee eri tavalla näitä toimijoita.<sup>354</sup> De Wilde toteaa, että erilaisesta verokohtelusta on tullut tuomioistuimessa peruste todeta verovelvollisten olevan keskenään vertailukelvottomissa asemassa.<sup>355</sup> Hänen mukaansa kaikenlainen alueperiaatteeseen vetoaminen jäsenvaltioiden toimesta on väistämättä suhteellisuusperiaatteen vastaista, jos samat tavoitteet voidaan saavuttaa vähemmän rajoittavilla toimenpiteillä.<sup>356</sup>

Van Thielin ja Vascega toteavat, että tuomioistuimen ratkaisussa painotetaan vertailukelpoisuutta veronsaajan näkökulmasta, ei sijoittautumisvapauttaan käyttävän verovelvollisen.<sup>357</sup> Pyrkimys jäsenvaltioiden verotulojen turvaamiseen näkyy myös siinä, että X Holding -tuomiossa oikeuttamisperusteeksi hyväksyttiin yksinomaan verotusvallan tasapainoinen jakautuminen jäsenvaltioiden välillä, ilman ”tarkastelua yhdessä” muiden oikeuttamisperusteiden kanssa.<sup>358</sup>

Myös Weber on sitä mieltä, että ulkomaisen tytäryhtiön ja kiinteän toimipaikan vertailu on epärelevanttia. Hollannissa on käytössä recapture-järjestelmä kiinteiden toimipaikan tappioiden huomioimista varten. Weberin mielestä ei ole mitään syytä, miksi sitä ei voitaisi soveltaa yhtäläillä ulkomaisiin tytäryhtiöihin.<sup>359</sup> Tässä on huomionarvoista se, että Hollanti käyttää verosopimuksissaan vapautusmenetelmää kuten Saksakin. Saksasta kuitenkin poiketen Hollanti soveltaa ulkomaisten kiinteiden toimipaikkojen tappioiden huomioimiseksi recapture-menetelmää.<sup>360</sup> Se voisi siis yhtä hyvin olla soveltamatta kyseistä järjestelmää kiinteisiin toimipaikkoihin, tai päättää soveltaa sitä myös ulkomaisiin tytäryhtiöihin. Itse asiassa, ennen tuomion julkistamista Hollanti ilmoittikin harkitsevansa recapture-järjestelmästä luopumista, todennäköisesti peläten X Holding -tuomion lopputuloksen johtavan siihen, että järjestelmää olisi sovellettava myös tytäryhtiöihin.<sup>361</sup>

Vapautusmenetelmää sovellettaessa voisi olla jopa perustellumpaa väittää kahden rajat ylittävän tilanteen (ulkomainen tytäryhtiö vs. ulkomainen kiinteä toimipaikka) olevan

---

<sup>354</sup> van Thiel & Vascega 2010, s. 342.

<sup>355</sup> de Wilde 2010, s. 181.

<sup>356</sup> de Wilde 2010, s. 179.

<sup>357</sup> van Thiel & Vascega 2010, s. 342.

<sup>358</sup> van Thiel & Vascega 2010, s. 338.

<sup>359</sup> International Tax Review 1.4.2010 ”Is The X Holding judgment off Marks?”

<sup>360</sup> Vapautusmenetelmän ja repapture -menetelmän yhtäaikainen soveltaminen johtaa periaatteessa samaan lopputulokseen kuin hyvitysmenetelmä verosopimuksessa. Ks. de Wilde 2010, s. 173. Myös Saksa sovelsi recapture-menetelmää yhdistettynä vapautusmenetelmään vuoteen 1999 saakka. Ks. luku 4.3. koskien tuomioistuimen ratkaisua Lidl Belgium.

<sup>361</sup> International Tax Review 1.4.2010 ”Is The X Holding judgment off Marks?”

vertailukelpoisia keskenään. Yleensä juuri sillä seikalla, että jäsenvaltiolla on oikeus verottaa kiinteän toimipaikan tuloja, mutta ei ulkomaisen tytäryhtiön tuloja, perustellaan näiden kahden tilanteen vertailukelvottomuutta. Sama perustelu esiintyy X Holding -tuomiossakin.<sup>362</sup> Huolimatta kyseisistä tuomioistuimen perusteluista, sovellettaessa vapautusmenetelmää jäsenvaltiolla ei lähtökohtaisesti ole oikeutta verottaa kiinteän toimipaikan tuloja, kuten sillä ei ole oikeutta verottaa ulkomaisen tytäryhtiönkään tuloja. Myöskään sen ei tarvitse lähtökohtaisesti huomioida kummankaan tappioita omassa verotuksessaan. Tällöin ulkomainen ja tytäryhtiö ovat verotuksellisesti hyvin samanlaisessa tilanteessa. Se, että Hollanti huomioi kiinteän toimipaikan tappiot ja myöhemmin verottaa kiinteälle toimipaikalle vähennettyjä vastaavat tulot, perustuu yksinomaan Hollannin tekemään päätökseen soveltaa recapture-menetelmää kiinteiden toimipaikkojen tappioiden huomioimiseksi.<sup>363</sup> Jotta oikeusmuodon valinta olisi verotuksen kannalta neutraali sijoittautuessa toiseen jäsenvaltioon, Hollannin olisi sovellettava recapture-menetelmää sekä ulkomaisen tytäryhtiön että kiinteän toimipaikan tappioiden huomioimiseksi.<sup>364</sup> De Wilde toteaa, että taloudellisessa mielessä sillä, harjoittaako jokin yhtiö liiketoimintaa toisessa jäsenvaltiossa tytäryhtiön vai kiinteän toimipaikan muodossa, ei ole merkitystä. Taloudellisessa mielessä nämä kaksi tilannetta ovat vertailukelpoisia. De Wilden mukaan Hollanti yksipuolisesti asettaa esteen sisämarkkinoiden toiminnalle epämällä mahdollisuuden muodostaa verotuksellisen yksikön muissa jäsenvaltioissa verotuksellisesti asuvien tytäryhtiöiden kanssa.<sup>365</sup>

Kysymyksellä oikeudellisen muodon valinnanvapaudesta ja kahden rajat ylittävän tilanteen vertailukelpoisuudella ei pitäisi kuitenkaan olla merkitystä X Holding -tapauksessa. Tapauksen tiimoilta tuomioistuimelta kysyttiin, onko kyseessä sijoittautumisvapauden rajoitus, mikäli kotimaisen tytäryhtiön kanssa voidaan muodostaa verotuksellinen yksikkö, mutta ulkomaisen tytäryhtiön kanssa näin ei voida tehdä.<sup>366</sup> Tällöin asia olisi pitänyt ratkaista tarkastelemalla tätä vertailuparia rule of reason -testin loppuun saakka. Oikeudellisen muodon valintaan kohdistuva syrjintä muodostaa erillisen kysymyksen. Toisaalta

---

<sup>362</sup> C-337/08 X Holding, kohta 38.

<sup>363</sup> De Wilde 2010, s. 173. Toisaalta, on myös esitetty, että tietyissä tilanteissa recapture-menetelmän soveltaminen saattaa edellyttää sitä, että siitä on sovittu ao. verosopimuksessa. Cordewener et al. 2004, s. 135-142. Kirjoittajien

<sup>364</sup> Oikeusmuodon valinta olisi verotuksellisesti neutraali myös silloin, jos recapture-menetelmää ei sovellettaisi kummassakaan tilanteessa. Tällöin rajoitettaisiin kuitenkin sijoittautumisvapautta molempien sijoittautumismuotojen osalta, jolloin suhteellisuusperiaatteen mukainen vähemmän rajoittava toimenpide olisi recapture-menetelmä.

<sup>365</sup> De Wilde 2010, s. 174

<sup>366</sup> C-337/08 X Holding, kohta 15.

molemmissa kysymyksissä joudutaan lopulta vastaamaan suhteellisuusperiaatetta koskevaan kysymykseen, johon tuomioistuin ei vastannut kummankaan vertailuparin osalta.

#### *4.5.1.2. Toinen oikeuttamisperusteen arviointi*

Tuomioistuimen outo logiikka jatkuu ”toisen vertailukelpoisuusarvion” jälkeenkin. Tuomion kohdassa 40 tuomioistuin toteaa, että kyse ei oikeastaan olekaan sijoittautumisvapauden rajoittamisesta, koska kaksi rajat ylittävää tilannetta eivät ole keskenään vertailukelpoisia. Heti tämän todettuaan se kuitenkin katsoi tarpeelliseksi muistuttaa oikeuttamisperusteiden olemassaolosta – perusteeksi verosäännökselle, joka sen mielestä ei ole sijoittautumisvapautta rajoittava. Kohdassa 41 todetaan:

”etuuden laajentaminen jollakin tavoin koskemaan rajat ylittäviä tilanteita johtaisi, kuten tämän tuomion 32 kohdassa todetaan, siihen, että emoyhtiöt voivat vapaasti valita jäsenvaltion, jossa ne käyttävät niiden ulkomaisen tytäryhtiön tappiot”.<sup>367</sup>

Tämä ”toinen oikeuttamisperusteen arviointi” herättää seuraavan kysymyksen: jos tuomioistuin todella uskoi, että myös vähemmän rajoittavan toimenpiteen (recapture-järjestelmä) epäämistä voidaan perustella verotusvallan tasapainoisella jakautumisella, miksi se kohdassa 40 esitti, että säännös ei olisi ylipäättään syrjivä tai rajoittava?<sup>368</sup> Tai toisin päin: miksi se esittää oikeuttamisperusteita verosäännökselle, joka ei sen mielestä ole sijoittautumisvapautta rajoittava? Samoin kuin ”toinen vertailukelpoisuusarvio” myös ”toinen oikeuttamisperusteen arviointi” ei kuulu ratkaistavaksi suhteellisuusperiaatteen yhteydessä. Kun sijoittautumisvapautta rajoittavalle verosäännökselle on todettu löytyvän oikeuttamisperuste, seuraavaksi on kysyttävä, onko kyseinen rajoitus myös suhteellisuusperiaatteen mukainen. Voidaanko rajoituksen taustalla oleva hyväksytty tavoite saavuttaa vähemmän rajoittavilla toimenpiteillä? Tähän kysymykseen ei voida vastata muistuttamalla oikeuttamisperusteen olemassaolosta sen paremmin kuin vertaamalla kahta rajat ylittävää tilannetta keskenään.

#### **4.5.2. Tuomioistuimen virheellinen käsitys Hollannin järjestelmästä**

Perustellessaan oikeuttamisperusteen hyväksyttävyyttä, tuomioistuin toteaa:

”se, että yhtiöille annetaan mahdollisuus valita, otetaanko niiden tappiot huomioon siinä jäsenvaltiossa, johon ne ovat sijoittautuneet, vai jossakin toisessa

<sup>367</sup> C-337/08 X Holding, kohta 41.

<sup>368</sup> van Thiel & Vascega 2010, s. 338.

jäsenvaltiossa, vaarantaisi huomattavasti verotusvallan tasapainoisen jakaantumisen eri jäsenvaltioiden välillä, koska veron määräytymisperuste kasvaisi ensimmäisessä valtiossa ja pienenesi jälkimmäisessä valtiossa siirrettyjen tappioiden määrää vastaavasti”.<sup>369</sup>

Tämä vaara koskee tuomioistuimen mukaan myös Hollannin järjestelmää, koska tuomioistuimen mielestä yhtiöllä oleva mahdollisuus päättää vuosittain verotukselliseksi yksiköksi yhdistymisestä tai siitä purkautumisesta, johtaisi siihen ”emoyhtiö voisi valita vapaasti tytäryhtiön tappioihin sovellettavan verosääntelyn ja sen paikan, jossa tappiot otetaan huomioon”.<sup>370</sup>

Weber toteaa tämän oletuksen olevan täysin virheellinen. Veron määräytymisperusteeseen tytäryhtiön jäsenvaltiossa ei mitenkään ole vaikutusta sillä, sisällytetäänkö tytäryhtiö verotukselliseen yksikköön Hollannissa vai ei. Tytäryhtiön jäsenvaltio ei tunnusta verotuksellista yksikköä, vaan se verottaa tytäryhtiötä erillisenä verovelvollisena.<sup>371</sup> Samalla tavalla kiinteän toimipaikan sijaintivaltio ei veroteta kiinteää toimipaikkaa enemmän tai vähemmän riippuen siitä sovelletaanko sen tappioiden huomioimiseksi yhtiön asuinvaltiossa recapture-järjestelmää vai ei. Myös Hollannin korkeimman oikeuden julkisasiamies Wattel toteaa, että EU-tuomioistuimen perustelut oikeuttamisperusteen osalta perustuvat väärään käsitykseen Hollannin verojärjestelmästä.<sup>372</sup>

#### 4.5.3. Käsittelemättä jääneet suhteellisuusperiaatekysymykset

Tuomioistuin pohti sijoittautumisvapauden rajoittamista ainoastaan väliaikaisten tappioiden vähennyskelvottomuudesta aiheutuvan kassavirtahaitan näkökulmasta. Hollantilaiselle verovelvolliselle aiheutuu kuitenkin muutakin haittaa siitä, että se ei voi muodostaa verotuksellista yksikköä ulkomaisen tytäryhtiön kanssa. Omaisuuserien siirto konsernin sisällä jäsenvaltiosta toiseen laukaisee pääomaverotuksen Hollannissa, joka kohdistuu siirrettävien omaisuuserien arvonnousuun. Kyse on niin sanotusta poistumisverosta (*exit tax*), joka vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan on EU-oikeuden vastainen. Julkisasiamies Kokottin mukaan myös poistumisvero voisi olla perusteltavissa verotusvallan tasapainoisen jakautumisen perusteella. Tuomioistuin ei ottanut kysymyksen mitään kantaa ja rikkoi näin omaa prosessistandardiaan, jonka mukaan sen on vastattava kaikkiin tapauksessa esitettyihin

<sup>369</sup> C-337/08 X Holding, kohta 29.

<sup>370</sup> C-337/08 X Holding, kohta 30–31.

<sup>371</sup> Weber 2011, s. 30.

<sup>372</sup> Weber 2011, s. 36.

kysymyksiin. Kysymyksen olisi pitänyt aiemman oikeuskäytännön perusteella olla tuomioistuimelle täysin selvä.<sup>373</sup>

#### 4.5.4. Muut vähemmän rajoittavat toimenpiteet

Tuomioistuimen suhteellisuusperiaateanalyysiä voidaan pitää puutteellisena siitä syystä, että tuomiossa ei pohdittu muita vähemmän rajoittavia toimenpiteitä kuin X Holdingin ja komission ehdottamaa recapture-järjestelmän käyttöönottoa. Tuomioistuin perusteli sijoittautumisvapauden rajoitusta ja oikeuttamisperusteen hyväksyttävyyttä erityisesti Hollannin verojärjestelmään sisältyvällä säännöllä, jonka mukaan emoyhtiö saa vuosittain mielensä mukaan päättää yhdistymisestään verotukselliseksi yksiköksi tytäryhtiönsä kanssa ja voi yhtä vapaasti päättää tällaisen yksikön purkamisesta. Tämän mahdollisuuden olemassaolo johtaisi tuomioistuimen mukaan siihen, että ”emoyhtiö voisi valita vapaasti tytäryhtiön tappioihin sovellettavan verosääntelyn ja sen paikan, jossa tappiot otetaan huomioon”.<sup>374</sup> Van Thielin ja Vascegan mukaan tällöin hyvin ilmeinen, vähemmän rajoittava keino taata verotusvallan tasapainoinen jakautuminen olisi ollut poistaa Hollannin verosäännöksistä kyseinen mahdollisuus, jonka mukaan verotuksellinen yksikkö voidaan verovelvollisen toiveesta vuosittain muodostaa ja purkaa.<sup>375</sup> Mahdollisuuden poistaminen olisi ollut hyvin yksinkertainen ja epäilemättä vähemmän rajoittava toimenpide kuin kielto muodostaa verotuksellinen yksikkö ulkomaisen tytäryhtiön kanssa.

Toinen vähemmän rajoittava vaihtoehto olisi ollut vaatia Hollantia suomaan verovelvolliselle mahdollisuuden osoittaa, että tappioita ei ole keinotekoisesti siirretty matalamman verokannan jäsenvaltioihin eikä tappioita ole käytetty kahteen kertaan. Tämä olisi ollut linjassa edellä käsitellyn tuomioistuimen Papillon-ratkaisun kanssa.<sup>376</sup> Siinä tuomioistuin edellytti, että verovelvolliselle on ensisijaisesti suotava mahdollisuus osoittaa, että tappioita ei ole käytetty kahteen kertaan, sen sijaan että sijoittautumisvapautta rajoitettaisiin vedoten vaaraan tappioiden käyttämisestä kahteen kertaan. X Holding -tapauksessa julkisasiamies oli todennutkin, että tällaisen mahdollisuuden suominen verovelvolliselle voisi olla vähemmän rajoittava toimenpide. Tämän jälkeen hän kuitenkin lisäsi, että asiaan ei tarvitse ottaa lopullista kantaa, ”koska kielto muodostaa rajat ylittäviä verotuksellisia yksiköitä tappioiden

<sup>373</sup> van Thiel & Vascega 2010, s. 336–337. Poistumisveroja on käsitelty useissa ratkaisuissa, muun muassa C-470/04 N ja C-9/02 Lasteyrie.

<sup>374</sup> C-337/08 X Holding, kohta 32.

<sup>375</sup> van Thiel & Vascega 2010, s. 342.

<sup>376</sup> van Thiel & Vascega 2010, s. 342.

hyvittämistarkoituksessa on verotusvallan jaon säilyttämisen takia joka tapauksessa perusteltu”.<sup>377</sup> Julkisasiamiehen mielestä kyseessä oleva sijoittautumisvapauden rajoitus olisi siis joka tapauksessa perusteltu, ilman että tilanteessa olisi harkittava vähemmän rajoittavia toimenpiteitä. Ottaen huomioon tuomioistuimen ilmiselvän haluttomuuden vastata vähemmän rajoittavia toimenpiteitä koskevaan kysymykseen, on hyvin mahdollista, että tuomioistuin on julkisasiamiehensä kanssa samalla kannalla. Se on vain haluton myöntämään oikeuskäytäntönsä muutosta suhteessa Marks & Spencer ja Lidl Belgium -tuomioihin.

#### **4.5.5. Hahmottomaksi muuttunut suhteellisuusperiaate ja lopulliset tappiot**

Suurin puute ratkaisussa on se, että tuomioistuin jätti käytännössä vastaamatta suhteellisuusperiaatetta koskevaan kysymykseen kokonaan. Van Thielin ja Vascegan mukaan tuomioistuimen sekavalla päättelyllä näyttäsi olevan vain yksi tarkoitus: välttyä päätymästä muutoin väistämättömään johtopäätökseen, jonka mukaan Hollannin verojärjestelmä ei ole suhteellisuusperiaatteen mukainen.<sup>378</sup> Tärkein suhteellisuusperiaatekysymys liittyy epäilemättä recapture-menetelmän soveltamiseen ulkomaisen tytäryhtiön tappioiden huomioimiseksi. X Holding ja komissio olivat esittäneet tuomioistuimelle recapture-menetelmän soveltamista vähemmän rajoittavana ja siten paremmin suhteellisuusperiaatteen mukaisena toimenpiteenä.<sup>379</sup> Samaa esitettiin verovelvollisen ja komission toimesta myös tuomioissa Marks & Spencer ja Lidl Belgium.<sup>380</sup> Erona X Holding -tuomioon on se, että erityisesti Marks & Spencer -tuomiossa tuomioistuin ilmaisi hyvin selkeästi suhteellisuusperiaatteen asettamansa rajoituksen. Se totesi, että

”mikäli on mahdollista löytää muita vähemmän rajoittavia toimenpiteitä [kuin lopullisten tappioiden vähennysoikeus], tällaiset toimenpiteet edellyttävät joka tapauksessa yhteisön lainsäätäjän antamia yhdenmukaistamissäännöksiä.”<sup>381</sup>

Tuomioistuimen voidaan ymmärtää tarkoittaneen tällä erityisesti väliaikaisten tappioiden huomioimista recapture-menetelmää soveltamalla.

Lidl Belgium -tuomiosta ei löydy samaa lausetta, mutta kääntäen siinä todettiin sama asia: koska Marks & Spencer -tuomiossa määritellyt lopullisten tappioiden kriteerit eivät

<sup>377</sup> C-337/08 X Holding, julkisasiamiehen ratkaisuehdotus, kohdat 69–70.

<sup>378</sup> van Thiel & Vascega 2010, s. 341.

<sup>379</sup> C-337/08 X Holding, kohta 35.

<sup>380</sup> C446/03 Marks & Spencer, kohta 54 ja C414/06 Lidl Belgium, kohta 45.

<sup>381</sup> C446/03 Marks & Spencer, kohta 58.

tapauksessa täyttyneet, Saksan rajoittavilla verosäännöksillä ei ylitetty sitä mikä oli tarpeen rajoituksen taustalla olevien hyväksyttävien tavoitteiden saavuttamiseksi.<sup>382</sup>

Tuomioistuin siis totesi näissä kahdessa tuomiossa hyvin selvästi, että lopullisten tappioiden vähennysoikeus on ainoa poikkeus, jota edellytetään suhteellisuusperiaatteen mukaisena vähemmän rajoittavana toimenpiteenä. Kuten aiemmin on jo todettu, tällainen suhteellisuusperiaatteelle asetettava rajoitus on hyvin keinotekoinen ja ongelmallinen. Käytännössä tuomioistuin antaa rajoituksella jäsenvaltioille luvan rajoittaa sijoittautumisvapautta enemmän kuin on tarpeen.

X Holding -tuomion myötä keskeiseksi kysymykseksi on muodostunut se, onko tuomioistuin todella muuttanut kantaansa koskien suhteellisuusperiaatetta niin, että se ei enää edellytä edes lopullisten tappioiden vähennysoikeutta.<sup>383</sup> Kysymykseen voitaisiin vastata kieltävästi sillä perusteella, että X Holding -tuomiossa ei ollut kyse lopullisten tappioiden vähennysoikeudesta.<sup>384</sup> Vasta-argumenttina voidaan esittää, että myöskään Lidl Belgium -ratkaisussa ei ollut kyse lopullisten tappioiden vähennysoikeudesta. Siitä huolimatta tuomioistuin totesi Lidl Belgium -ratkaisussaan, että vain silloin kun Marks & Spencer -tuomiossa määritellyt edellytykset tappioiden lopullisuudesta täyttyvät, ”on vastoin EY 43 ja EY 48 artiklaa evätä kyseiseltä yhtiöltä mahdollisuus vähentää verotettavasta voitostaan [...] tytäryhtiölle syntyneet tappiot.”<sup>385</sup>

Lopullisista tappioista tuli Marks & Spencer ja Lidl Belgium -tuomioissa erottamaton osa suhteellisuusperiaatteen määritelmää. Määritelmän mukaan sijoittautumisvapauden rajoitus on aina suhteellisuusperiaatteen mukainen, jos sillä ei rajoiteta rajat ylittävien lopullisten tappioiden vähennysoikeutta. Käytännössä kyseisten tuomioiden jälkeen suhteellisuusperiaatteesta oli enää mahdotonta puhua mainitsematta lopullisia tappioita. Tästä huolimatta, lopullisia tappioita ei mainita X Holding -tuomiossa sanallakaan. Tämän lisäksi tuomioistuin ei vastaa ratkaisussaan vähemmän rajoittavia toimenpiteitä koskevaan kysymykseen millään muullakaan tavoin.

X Holding -tuomiossa oli lisäksi erityinen syy odottaa vastaavanlaista suhteellisuusperiaateanalyysiä kuin tuomiossa Lidl Belgium. Weber toteaa, että koska

---

<sup>382</sup> C414/06 Lidl Belgium, kohta 51.

<sup>383</sup> Ks. esim International Tax Review 1.4.2009 ”Is the X Holding judgment off the Marks?”

<sup>384</sup> Otto Marres International Tax Review 1.4.2009 ”Is the X Holding judgment off the Marks?”

<sup>385</sup> C-414/06 Lidl Belgium, kohdat 48 ja 51.

Hollannin verokonsolidointijärjestelmä johtaa tilanteeseen, jossa tytäryhtiöitä kohdellaan kuin kiinteitä toimipaikkoja, X Holding -tuomiolla olosuhteilla ei ole käytännössä mitään eroa Lidl Belgium -tuomion olosuhteisiin. Tällöin lopputuloksen olisi tullut vastata Lidl Belgium -tuomion lopputulosta: suhteellisuusperiaate ei edellytä recapture-menetelmän soveltamista, mutta se edellyttää kuitenkin vähintään sen, että jäsenvaltio hyväksyy tappioiden vähentämisen silloin kun ne ovat lopullisia.<sup>386</sup>

Tuomioistuimen vähäsanaisuudesta suhteellisuusperiaatteen ja lopullisten tappioiden osalta voidaan tehdä ainakin seuraava johtopäätös: jos tuomioistuin ei halunnut muuttaa aiempaa lopullisia tappioita koskevaa oikeuskäytäntöään, se ei myöskään halunnut vahvistaa sitä. X Holding -tuomiossa sillä olisi ollut loistava tilaisuus vahvistaa luomaansa oikeuskäytäntöä, minkä lisäksi sen perustelut olisivat olleet linjassa Marks & Spencer ja Lidl Belgium -tuomioiden kanssa. Sen sijaan tuomioistuin näki suuren vaivan olla mainitsematta lopullisia tappioita, päätyen hyvin sekaviin ja huonoihin perusteluihin.

X Holdingia edustanut PwC:n Sjoerd Douma toteaa, että vaikka tuomioistuin ei käsitellytkään ratkaisussaan lopullisia tappioita ja poistumisveroa koskevia kysymyksiä, Hollannin korkeimman oikeuden on otettava omassa ratkaisussaan kantaa molempiin kysymyksiin.<sup>387</sup>

#### **4.5.6. Paluu subject-to-tax -lähestymistapaan?**

X Holding näyttää tosiaankin kääntäneen oikeuskäytännön pääläelleen ja epäilemättä se syö tuomioistuimen uskottavuutta. Weber toteaa, että ratkaisun myötä tuomioistuimen oikeuskäytännöstä voi kuka tahansa johtaa tilanteeseensa parhaiten sopivia johtopäätöksiä, koska näin tuomioistuinkin näyttää tekevän. Hänen mielestään Hollannin korkeimmalla oikeudella on kaksi vaihtoehtoa: joko pyytää uutta ennakkoratkaisua EU-tuomioistuimelta tai jättää huomiotta koko ennakkoratkaisu. Ylimmät oikeusistuimet jättävät jatkuvasti huomiotta vääriin lakien tulkintoihin perustuvat päätökset. Tuomioistuimen ratkaisu perustuu väärään käsitykseen Hollannin verojärjestelmästä<sup>388</sup> ja on puutteellinen oikeastaan kaikin mahdollisin tavoin. Weberin mukaan ennakkoratkaisun noudattamista ei voida pitää vastuullisena vaihtoehtona Hollannin korkeimmalta oikeudelta. Hollannin korkein oikeus kuitenkin

---

<sup>386</sup> Weber 2011, s. 41.

<sup>387</sup> International Tax Review 1.4.2010 "Is The X Holding judgment off Marks?"

<sup>388</sup> Verokonsolidointijärjestelmä ei mahdollista tappioiden siirtelyä verovelvollisen mielen mukaan, ks Weber 2011, s. 29–30



valitettavasti jo antoi päätöksensä asiassa perustaen sen tuomioistuimen ennakkoratkaisuun.<sup>389</sup>

Tuntuu kuin Marks & Spenceristä alkanut ympyrä olisi sulkeutumassa X Holding -ratkaisun myötä. Ratkaisusta voi saada helposti vaikutelman, että tuomioistuin haluaisi siirtyä takaisin soveltamaan subject-to-tax -lähestymistapaa vertailukelpoisuuden arvioinnissa, mutta se ei vain tiedä kuinka tällainen siirtymä olisi mahdollinen ilman näkyvää muutosta oikeuskäytännössä. Sen voi hyvin kuvitella jo katuvaan karvaasti sitä, että se ikinä poikkesi subject-to-tax -lähestymistavasta, minkä johdosta se joutui heittämään suhteellisuusperiaatteensa käytännössä romukoppaan.

Onkin kuin kohtalon ivaa, että X Holding -tuomion käsittelyssä Hollannin korkeimman oikeuden julkisasiamiehenä toimi juuri Wattel, joka on alusta lähtien kritisoinut tuomioistuinta subject-to-tax -lähestymistavasta poikkeamisesta. Wattel uskoi Marks & Spencerin ja vielä Oy AA -tuomionkin olevan vain poikkeuksia tuomioistuimen pääsäännöstä: yhtiö, joka ei ole verovelvollinen ao. jäsenvaltiossa, ei ole vertailukelpoinen jäsenvaltiossa verovelvollisen yhtiön kanssa. Näin ollen rajat ylittävän tilanteen epäedullisempi verokohtelu ei tarkoita sijoittautumisvapauden rajoittamista, eikä sitä tarvitse perustella hyväksyttävillä oikeuttamisperusteilla, koska tilanne ei ole vertailukelpoinen puhtaasti kotimaisen tilanteen kanssa.<sup>390</sup>

Hollannin korkeimmalle oikeudelle antamassaan ratkaisuehdotuksessa Wattel toteaa, että kun verrataan X Holding -tuomiota Bosal Holding -tuomioon,<sup>391</sup> voidaan nähdä, että tuomioistuimen oikeuskäytäntö on muuttunut. Wattelin mielestä muutosta ei ole tapahtunut kuitenkaan itse sijoittautumisvapauden rajoituksen analyysissä, vaan siinä, että tuomioistuin on sisällyttänyt analyysiinsä verotusvallan tasapainoista jakautumista koskevan oikeuttamisperusteen. Wattelin mukaan tällä oikeuttamisperusteella tuomioistuin todellisuudessa haluaa sanoa, että rajat ylittävä ja kotimainen tilanne eivät ole vertailukelpoisia keskenään. Wattel katsoo, että tuomioistuimen tavoitteena oli saavuttaa sama lopputulos kuin sen aiemmissa Marks & Spencer ja Oy AA -ratkaisuissa tunnustamalla tarve säilyttää jäsenvaltioiden verotusvaltaan kuuluvien verotettavien tulojen ja niihin liittyvien kulujen/tappioiden välinen symmetria. Hänen mielestään tämän tarpeen

---

<sup>389</sup> Weber 2011, s. 45–49.

<sup>390</sup> Ks. luku 4.1.1.2. ja Terra & Wattel 2008, s. 344–354.

<sup>391</sup> C-168/01 Bosal Holding.

tunnustaminen käytännössä tarkoittaa kuitenkin sitä, että jäsenvaltiossa verovelvollinen ja ei-verovelvollinen eivät ole vertailukelpoisia keskenään. Wattel näkee asian siis niin, että tuomioistuin on palaamassa soveltamaan tai soveltaa edelleen subject-to-tax -lähestymistapaa vertailukelpoisuuden arvioinnissa.<sup>392</sup>

Onko tuomioistuin siis jälleen kerran sekoittanut keskenään vertailukelpoisuuden ja oikeuttamisperusteiden käsitteet, mistä sitä on ennenkin kritisoitu?<sup>393</sup> Tähän liittyen Sanders esittää hyvin mielenkiintoisen näkökulman, jonka mukaan oikeastaan nämä kaksi käsitettä eivät loppujen lopuksi poikkea toisistaan kovinkaan paljon. Vertailukelpoisuus ei ole absoluuttinen vaan suhteellinen käsite. Aina kun kysymystä rajat ylittävän ja kotimaisen tilanteen vertailukelpoisuudesta ylipäättään joudutaan pohtimaan, tilanteet ovat aina jossain määrin erilaisia. Kun kahden tilanteen sanotaan olevan keskenään vertailukelpoisia, tällä tarkoitetaan käytännössä sitä, että tilanteet eivät ole niin erilaisia, että erilainen verokohtelu olisi välittömästi tämän perusteella oikeutettu. Kun rajoitusta tämän jälkeen pohditaan oikeuttamisperusteiden näkökulmasta, pohdinta on usein hyvin samantyyppistä ja samoihin asioihin keskittyvää. Oikeuttamisperusteiden arvioinnissa samoja tilanteiden eroavaisuuksia tarkastellaan hieman lähempää ja eri näkökulmista. Joka tapauksessa sekä vertailukelpoisuuden että oikeuttamisperusteiden arvioinnissa on kyse rajat ylittävän ja kotimaisen tilanteen välisten erojen punnitsemisesta ja arvioimisesta ovatko nämä erot tarpeeksi merkittäviä, jotta ne oikeuttaisivat erilaisen verokohtelun.<sup>394</sup>

Sander toteaa, että jos vertailukelpoisuuden ja oikeuttamisperusteen arviointia ajatellaan yhtenäisenä prosessina, silloin tuomioistuimen ratkaisu ei vaikuta enää yhtä epäloogiselta. Vertailukelpoisuusarvioinnissaan tuomioistuin ikään kuin vain toteaa, että tilanteet eivät ole keskenään niin erilaisia, että erilainen verokohtelu voitaisiin välittömästi hyväksyä. Tarkempi tarkastelu oikeuttamisperusteen arvioinnin yhteydessä kuitenkin osoittaa, että tilanteet ovat riittävän erilaisia. Koska nämä osakysymykset ovat käytännössä yhtä ja samaa kysymystä, Sandersin mukaan tuomioistuin ei riko mitään periaatteitaan, jos käsittelee niitä toisinaan yhdessä ja toisinaan erikseen. Sandersin mukaan neliportainen analyysi, jossa vertailukelpoisuuden ja oikeuttamisperusteiden analyysi on erotettu toisistaan, on

---

<sup>392</sup> Weber 2011, s. 36–37.

<sup>393</sup> Ks. Luku 3.1.

<sup>394</sup> Sanders 2011, s. 126–127.

hyödyllinen asiaa selitettäessä opiskelijoille, mutta sillä ei tulisi olla korkeaa asemaa EU-oikeudessa.<sup>395</sup>

Sandersin kommentteihin on sinänsä helppo yhtyä. Ainoa ongelma on suhteellisuusperiaatteessa. Sekä vertailukelpoisuuden että oikeuttamisperusteen arvioinnissa on käytännössä kyse sen arvioinnista ovatko tilanteet tarpeeksi erilaisia, jotta erilainen verokohtelu on oikeutettu. Missä vaiheessa ylitetään se raja, joka normaalisti ylitetään silloin kun tilanteita pidetään keskenään vertailukelpoisina? Toisin sanoen, milloin tilanteet ovat keskenään niin erilaisia, että tuomioistuimen ei tarvitse vaatia jäsenvaltioita harkitsemaan vähemmän rajoittavia toimenpiteitä. Kuten Sanders totesi vertailukelpoisuuden käsitteestä, tilanteiden erilaisuus tai samanlaisuus on suhteellista. Ei voida ajatella, että tuomioistuimen olisi mahdollista asettaa erilaisen verokohtelun oikeuttavan ”riittävän erilaisuusrajan” vaikkapa 60 prosenttiin 0–100 prosentin asteikolla ja vielä seurata tätä rajaa johdonmukaisesti ratkaisusta toiseen. Tästä kärjistetystä esimerkistä huolimatta, johdonmukaisinta olisi joka tapauksessa se, että tuomioistuin yhdistäisi vertailukelpoisuuden ja oikeuttamisperusteiden arvioinnin selkeämmin yhdeksi kokonaisuudeksi, mutta joka tapauksessa olisi harkittava vähemmän rajoittavia toimenpiteitä. Nyt näyttäisi siltä, että nämä kaksi arviointiprosessia on yhdistetty, mutta suhteellisuusperiaatteen osalta tuomioistuin pidättää itselleen oikeuden soveltaa sitä vain halutessaan. Tällöin lopputuloksena olisi Wattelin ihannoima subject-to-tax -lähestymistapa maustettuna satunnaisella suhteellisuusperiaateanalyysillä.

De Wilden mukaan X Holding -tuomio saattaa tarkoittaa sitä, että tuomioistuin on siirtymässä Marks & Spencer -tuomion mukaisesta linjasta takaisin sen aiempaan alueperiaatetta koskevaan kantaan, joka ilmenee Futura-tuomiosta. Tuolloin alueperiaatteen soveltamisesta aiheutuneet sijoittautumisvapautta rajoittavat elementit katsottiin olosuhde-eroiksi (disparities). Olosuhteiden tai tilanteiden ollessa erilaisia, myös erilainen verokohtelu on mahdollinen.<sup>396</sup> Tätä näkemystä tukee myös aiemmin mainittu tuomioistuimen kehäpäätelmä: jäsenvaltion kahteen toimijaan kohdistama erilainen verokohtelu tarkoittaa, että kyseiset toimijat ovat keskenään erilaisessa asemassa, jolloin heitä voidaan kohdella verotuksessa erilailla. Jäsenvaltiot voivat siis lainsäädännössään tai verosopimuksin sulkea veropohjansa ulkopuolelle haluamansa ulkomaiset positiiviset ja negatiiviset tulot tai lukea

---

<sup>395</sup> Sanders 2011, s. 127–128.

<sup>396</sup> De Wilde 2010, s. 177.

ne mukaan veropohjaansa huolimatta siitä, mikä vaihtoehtoista on sijoittautumisvapautta vähiten rajoittava.

## 5. Minkälaista ratkaisua voidaan odottaa asiassa KHO:2011:21?

KHO päätti keväällä 2011 pyytää Unionin tuomioistuimelta ennakkoratkaisua tapauksessa KHO:2011:21. Tapauksessa on kysymys siitä, saako A Oy vähentää siihen sulautuvalle ruotsalaiselle tytäryhtiölle B Ab:lle vahvistetut tappiot tuloverolain 123 §:n 2 momentin mukaisesti.<sup>397</sup> KHO on esittänyt unionin tuomioistuimelle ennakkoratkaisupyynnön, jossa se kysyy seuraavaa:

1. Edellyttävätkö SEUT 49 ja 54 artiklat, että vastaanottava yhtiö saa verotuksessaan vähentää siihen sulautuneen toisessa jäsenvaltiossa asuneen yhtiön siellä harjoitetun toiminnan tappiot sulautumista edeltäneiltä vuosilta, kun vastaanottavalle yhtiölle ei muodostu sulautuneen yhtiön asuinvaltioon kiinteää toimipaikkaa ja kun vastaanottava yhtiö saa kansallisten säännösten mukaan vähentää sulautuneen yhtiön tappioita, jos sulautunut yhtiö on ollut kotimainen tai tappiot ovat syntyneet tässä valtiossa sijainneessa kiinteässä toimipaikassa?
2. Jos ensimmäiseen kysymykseen vastataan myöntävästi, onko SEUT 49 ja 54 artikloilla vaikutusta siihen, tuleeko vähennettävän tappion määrä laskea vastaanottavan yhtiön asuinvaltion verolainsäädännön mukaan vai pidetäänkö vähennettävänä tappioiden sulautuvan yhtiön asuinvaltion lain mukaan siellä vahvistettuja tappioita?<sup>398</sup>

### 5.1. Tappioiden siirtyminen sulautumissa TVL:n säännösten mukaan

Ennen asian tarkastelua EU-vero-oikeuden ja sijoittautumisvapauden näkökulmasta, alkuun on syytä analysoida tapausta Suomen verosäännösten valossa. Yritysjärjestelydirektiivissä ja EVL:n säännöksissä, joilla direktiivi on saatettu Suomessa voimaan, ei todeta mitään sulautuneen yhtiön vahvistettujen tappioiden kohtelusta vastaanottavassa yhtiössä.<sup>399</sup> Näin ollen Suomen säännöksistä tapauksessa relevantteja olivat TVL 119 §:n 1. ja 2. momentti ja TVL 123 §:n 2 momentti. TVL 123 § 2 momentissa säädetään tappioiden siirtymisestä sulautumisen. Siinä todetaan, että vastaanottavalla on oikeus vähentää sulautuvan yhtiön tappiot 119 ja 120 §:ssä säädetyllä tavalla, mikäli vastaanottava yhteisö tai sen osakkaat ovat tappiovuoden alusta lukien omistaneet vähintään yli puolet sulautuneesta yhtiöstä. TVL 119 §:ssä puolestaan todetaan, että elinkeinotoiminnan verovuoden tappio voidaan vähentää

---

<sup>397</sup> KHO:2011:21, kohta 1.

<sup>398</sup> KHO:2011:21, kohdat 3-4.

<sup>399</sup> KHO:2011:21, kohta 49.

seuraavan 10 verovuoden aikana, ja että elinkeinotoiminnan tappiolla tarkoitetaan EVL:n mukaan laskettua tappiollista tulosta. TVL 120 § käsittelee muun kuin elinkeinotoiminnan verottamista.

Mainituissa säännöksissä ei todeta, että sulautuvan yhtiön pitäisi olla kotimainen, vaan oletus kotimaisuusvaatimuksesta perustuu ainoastaan TVL 119 §:n 2 momenttiin. Siinä todetaan, että elinkeinotoiminnan tappiolla tarkoitetaan EVL:n mukaan laskettua tappiollista tulosta. KVL tukeutui omassa ennakkoratkaisussaan tähän lain kohtaan ja totesi, että Ruotsin verolainsäädännön mukaan vahvistettuja tappioita ei voida pitää tuloverolain 119 §:n 2 momentissa tarkoitettuina elinkeinotulon verottamisesta annetun lain mukaan laskettuina tappioina.<sup>400</sup>

KHO omaksui saman kannan kuin KVL ja totesi, että TVL:n säännösten alkuperäisenä tarkoituksena on ollut kotimaisille yhteisöille vahvistettujen tappioiden siirtyminen, mikä ilmenee käytetyistä ilmaisuista ”vahvistettu tappio” ja ”EVL:n mukaan laskettu tappiollinen tulos”.<sup>401</sup> Lisäksi KHO viittaa ratkaisussaan Pohjoismaiden väliseen verosopimukseen, jonka mukaan Ruotsissa asuvan yhtiön liike tuloa voidaan verottaa Suomessa vain, jos yhtiö saa tuloa Suomessa olevasta kiinteästä toimipaikasta. KHO:n mukaan vastaavasti Ruotsissa asuvalle yhtiölle voidaan vahvistaa Suomessa elinkeinotoiminnan tappio vain Suomessa olevan kiinteän toimipaikan tappiollisen tuloksen perusteella.<sup>402</sup> KHO ei siis katsonut kansallisten säännösten edellyttävän tappionsiirron hyväksymistä sulautumisen yhteydessä silloin, kun sulautuva yhtiö ei ole kotimainen. Tämän jälkeen asia oli ratkaistava SEUT 49 artiklan takaaman sijoittautumisvapauden näkökulmasta.

KHO:n ratkaisua kansallisten säännösten suhteen voidaan kritisoida ainakin kahdesta syystä. Ensinnäkin Pohjoismaiden välinen verosopimus ei mitenkään estä Suomea hyväksymästä tappionsiirtoa ruotsalaisesta yhtiöstä suomalaiseen yhtiöön. Verosopimuksissa määritellään sopimusvaltioiden keskinäiset oikeudet verottaa tiettyjä tuloja – ei velvollisuutta verottaa niitä. Toisekseen mikään ei estä Suomea laskemasta ruotsalaisen tytäryhtiön tappiota uudelleen EVL:n säännösten mukaisesti. Näin toimitaan joka tapauksessa ulkomaisten väliyhteisöjen suhteen, joiden tulokset voidaan laskea uudelleen EVL:n säännösten mukaisesti

---

<sup>400</sup> Ks. KVL:017/2009 ja KHO:2011:21, kohta 19.

<sup>401</sup> KHO:2011:21, kohta 56.

<sup>402</sup> KHO:2011:21, kohdat 43 ja 45-46.

verotettavaksi väliyhteisön osakkaiden tulona.<sup>403</sup> Lisäksi, tuomioistuimen ratkaisun C-250/95 Futura perusteella on selvää, että jäsenvaltioiden eriävillä tuloksenlaskentasäännöillä ei voida perustella rajat ylittävän tilanteen epäedullisempaa kohtelua.<sup>404</sup> KHO tosin painottaa päätöksessään, toisin kuin KVL ennakkoratkaisussaan, lain alkuperäistä tarkoitusta mahdollistaa kotimaisille yhteisöille vahvistettujen tappioiden siirtyminen, jota säännöksissä käytetyt sanamuodot ilmentävät.<sup>405</sup> Tällöin sen perusteluiden pohjana ei ole ainoastaan tappioiden uudelleen laskemisen vaiva.

KHO:n ennakkoratkaisupyynnön lähtökohta on siis joka tapauksessa se, että Suomen lainsäädäntö estää tappionsiirron rajat sulautumisen yhteydessä silloin, kun sulautuva yhtiö ei ole kotimainen, kun taas puhtaasti kotimaisessa tilanteessa tappionsiirto on mahdollinen. Tällöin asia on ratkaistava sijoittautumisvapauden näkökulmasta.

## **5.2. Ratkaisun lopputulos Marks & Spencer -tuomion valossa**

KHO:2011:21 -tapausta voidaan lähestyä periaatteessa kahdesta näkökulmasta, riippuen siitä perustetaanko analyysi pääasiassa tuomioihin Marks & Spencer ja Lidl Belgium vai tuomioon X Holding. Keskeisin kysymys on se, onko tuomioistuimen Marks & Spencer -tuomiossa luoma sääntö suhteellisuusperiaatteesta ja lopullisten tappioiden vähennyskelpoisuudesta edelleen voimassa. Arvio on luonnollista aloittaa alusta eli Marks & Spencer -tuomiosta, erityisesti siitä syystä, että sekä KHO:2011:21 että Marks & Spencer käsittelevät lopullisia tappioita. Tämän jälkeen pohditaan X Holding -tuomion vaikutusta suhteellisuusperiaatteeseen ja lopullisten tappioiden vähennyskelpoisuuteen.

Sijoittautumisvapautta ajatellen tapauksessa kyse on Marks & Spencer -ratkaisua käytännössä hyvin lähellä olevasta tilanteesta. Marks & Spencerissä oli kyse ulkomaisten tytäryhtiöiden purkamisen yhteydessä syntyvistä lopullisiksi jäävistä tappioista, kun taas asiassa KHO 2011:21 on kyse sulautumisessa siirtyvistä tappioista. Suomalaisella vastaanottavalla yhtiöllä A Oy:llä ei jää Ruotsiin muita tytäryhtiöitä tai kiinteää toimipaikkaa, joka voisi hyödyntää sulautuvan yhtiön B Ab:n tappiot menneinä tai tulevinä vuosina. A Oy:n emoyhtiöllä C Oy:llä sen sijaan on Ruotsissa toinen, välillisesti omistettu tytäryhtiö Y Ab.<sup>406</sup> Y Ab oli kuitenkin

---

<sup>403</sup> VYL 4 § mom 3 ja Helminen Tilisanomat 27.1.2009.

<sup>404</sup> Ks. Helminen 2011, s. 178.

<sup>405</sup> KHO:2011:21, kohta 56.

<sup>406</sup> KHO:2011:21, kohdat 5-6.

sisaryhtiönsä lailla raskaasti tappiollinen<sup>407</sup>, joten on erittäin epätodennäköistä, että B Ab:n tappiot voitaisiin kattaa sisaryhtiöstä annetulla konserniavustuksella ennen sulautumisen toteutumista. Näyttäisi siis siltä, että B Ab:lla ole mitään mahdollisuutta käyttää tappioita tulevaisuudessa Ruotsissa.<sup>408</sup> Näin ollen, kuten Marks & Spencerin tapauksessa, myös tässä tappiot ovat jäämässä niin sanotusti lopullisiksi. Sillä seikalla, siirtyvätkö tappiot sulautumisen yhteydessä vai katetaanko ne rajat ylittävällä konserniavustuksella tai konsernihuojennuksella, ei pitäisi olla juurikaan merkitystä. Sekä veronsaajan että verovelvollisen kannalta lopputulos on taloudellisessa mielessä molemmissa tilanteissa käytännössä samanlainen.<sup>409</sup> Molemmissa tilanteissa Ruotsissa asuvalle tytäryhtiölle syntynyt tappio vähennetään suomalaisen emoyhtiön verotettavasta tulosta. Marks & Spencer -tuomiossa ei määritelty, että lopullinen tappio voitaisiin kattaa vain tiettyä menetelmää, kuten konsernihuojennusta käyttäen. On tietenkin totta, että Marks & Spencer koskee tilannetta, jossa rajat ylittävä tappio katettiin konsernihuojennuksella, joten varmuudella ei voida sanoa, että tilanteet olisivat tuomioistuimenkin mielestä toisiinsa rinnastettavia.

Tietyissä tilanteissa voi olla merkitystä sillä, valitaanko toimenpiteeksi sulautuminen vai tappioiden kattaminen konserniavustuksella. Tilanteessa, jossa tappiot siirtyvät sulautumisen yhteydessä vastaanottavaan yhtiöön, sillä ei ole merkitystä, onko vastaanottavan yhtiön verovuoden tulos vähintään siirrettävien tappioiden suuruinen. Tappiot voidaan joka tapauksessa siirtää ja vähentää vastaanottavan yhtiön tulevien vuosien positiivisista tuloksista.<sup>410</sup> Konserniavustuslain mukaan konserniavustus ei saa ylittää avustuksen antajan elinkeinotoiminnan tulosta ennen konserniavustuksen vähentämistä.<sup>411</sup> Näin ollen tilanteessa, jossa emoyhtiön tulos on pienempi kuin siirrettävien tappioiden määrä, voi olla järkevämpää valita sulautuminen, jotta tappiot voidaan kokonaisuudessaan siirtää emoyhtiöön. Syy miksi B Ab haluttiin sulauttaa A Oy:öön eikä purkaa oli se, että sitä pidettiin muun muassa vastuiden siirtymisen takia liiketaloudellisesti perustellumpana ratkaisuna.<sup>412</sup> Sillä vaikuttiko toimenpiteen valintaan verotuksesta johtuvat syyt ei pitäisi kuitenkaan olla

---

<sup>407</sup> KHO:2011:21, kohta 11.

<sup>408</sup> Helminen 2011, s. 177–178.

<sup>409</sup> Penttilä 2009, s. 473.

<sup>410</sup> TVL 123 §:n 2 momentti ja TVL 119 §:n 1 ja 2 momentit.

<sup>411</sup> KonsAvl 6§.

<sup>412</sup> KHO:2011:21, kohta 12.



merkitystä, sillä verovelvollisella on oikeus valita useasta vaihtoehdosta verotuksellisesti edullisin vaihtoehto.<sup>413</sup>

Tappioiden siirtyminen sulautumisen yhteydessä voidaan edellä kuvatun kaltaisessa tilanteessa nähdä verovelvollisen kannalta joustavampana ja ehkä myös pidemmälle menevänä menettelynä kuin sen, että tytäryhtiön tappiot katetaan konserniavustuksella. Ensinnäkin tappioiden siirtyminen sulautumisen yhteydessä voidaan toteuttaa silloin, kun konserniavustuksen edellytykset koskien avustuksen antajan tilikauden tulosta eivät täyty. Toiseksi sulautumisen yhteydessä siirtyvät tappiot ovat käytettävissä myös tulevana vuosina. Sulautumisen luonteella pidemmälle menevänä järjestelynä voi periaatteessa olla vaikutusta vertailussa konserniavustuksen tai Iso-Britannian konsernihuojennuksen kanssa. KHO on aiemmassa konserniavustuksen kotimaisuusvaatimusta käsittelevässä päätöksessään antanut painoarvoa konserniavustuksen luonteelle ”pidemmälle menevänä järjestelemänä” verrattuna konsernihuojennukseen.<sup>414</sup> Tässä tutkielmassa käsitellyissä ratkaisuissa EU-tuomioistuin ei ole kuitenkaan soveltanut vastaavanlaista logiikkaa. Tosin toistaiseksi Marks & Spencer on edelleen ainoa tuomio, jossa oli kyse lopullisista tappioista.

Riippumatta edellä mainituista teknisistä eroista, jotka liittyvät tappioiden siirtymiseen sulautumisen yhteydessä ja konserniavustuksen antamiseen, Marks & Spencer ja Lidl Belgium -tuomiot viittaavat siihen, että tapauksessa noudatettaisiin Marks & Spencer -tuomion linjaa. Silloin mahdollisuus tappioiden siirtämisestä sulautumisen yhteydessä muodostaa tuomioistuimen mielestä veroedun. Kun tämä veroetu myönnetään vain puhtaasti kotimaisessa tilanteessa, kyseessä on sijoittautumisvapauden rajoitus. Tämä rajoitus on kuitenkin perusteltavissa todennäköisesti verotusvallan tasapainoisella jakautumisella, jolloin jäljelle jää kysymys suhteellisuusperiaatteesta ja lopullisista tappioista. Marks & Spencer -tuomion kohdan 55 mukaan lopullisten tappioiden edellytykset täyttyvät, jos a) toisessa jäsenvaltiossa asuva tytäryhtiö on käyttänyt loppuun kaikki sen asuinpaikkavaltiossa olemassa olevat tappioiden huomioon ottamista koskevat mahdollisuudet verovuoden ja aikaisempien vuosien osalta ja b) ei ole olemassa mahdollisuutta, että tytäryhtiö itse tai kolmas taho voisi käyttää tappiot tytäryhtiön asuinvaltiossa.<sup>415</sup> Nämä edellytykset tappioiden lopullisuudelle näyttäisivät täyttyvän B Ab:n kohdalla. Ruotsiin ei jää kiinteää toimipaikkaa ja

---

<sup>413</sup> Alhola et al. 2002, s. 10.

<sup>414</sup> Ks. KHO:2007:92.

<sup>415</sup> C-446/03 Marks & Spencer, kohta 55.

ainoa samaan konserniin kuuluva yhtiö on sulautumisvuonna raskaasti tappiollinen, joten yhtiöllä ei ole käytännössä mahdollisuuksia tappioiden käyttämiseen muulla tavoin.<sup>416</sup>

Kohdassa 56 tuomioistuimien käyttää sanamuotoa ”mahdollisuus vähentää verotettavasta voitostaan” (taxable profit). Termi tuntuu viittaavan vain positiiviseen tulokseen. Esimerkiksi termi verotettava tulos (taxable result tai income) olisi voitu paremmin ymmärtää tarkoittavan myös negatiivista tulosta, ei vain voittoa. Tämä herättää kysymyksen siitä, voidaanko tappiot vähentää vain emoyhtiön verovuoden positiivisesta tuloksesta vai myös tulevien vuosien tuloksista, kuten olisi mahdollista tappion siirtyessä sulautumisen yhteydessä TVL:n säännösten mukaisesti. Konserniavustuksen ollessa kyseessä tappiovähennys edellyttää joka tapauksessa sitä, että emoyhtiön verovuoden tulos ylittää vähennettävien tappioiden määrän.<sup>417</sup> Sijoittautumisvapauden rajoittamisen kannalta merkityksellistä on vain se, sallitaanko tappioiden vähentäminen tulevina vuosina kansallisessa tilanteessa. Mikäli sallitaan, kyse on sijoittautumisvapauden rajoituksesta, jos sama mahdollisuus ei koske rajat ylittävää tilannetta. Suhteellisuusperiaatteen kannalta sen sijaan saattaa olla merkitystä sillä, että tappioiden siirtoa emoyhtiölle ”varastoon” pidettäisiin pidemmälle menevänä järjestelmänä. KHO:2011:21 -tapauksen kannalta tuomioistuimen käyttämä sanamuoto saattaa tarkoittaa sitä, että tappiot voidaan vähentää emoyhtiön tuloksesta vain siltä osin kun B Ab:n vahvistettujen tappioiden määrä ei ylitä A Oy:n verotettavaa tulosta sulautumisen toteutumisasiävuonna. KHO:n päätöksessä ei mainita oliko A Oy verovuonna tappiollinen vai ei. Jos tuomioistuin oli valinnut käyttämänsä sanamuodon tarkoituksellisesti, se saattaa tulevassa ratkaisussaan ottaa kantaa siihen, voidaanko lopulliseksi muodostuneet tappiot siirtää vähennettäviksi myös emoyhtiön tulevien vuosien tuloksista.

Marks & Spencer -tuomion valossa näyttäisi siltä, että Suomen on huomioitava B Ab:n tappiot A Oy:n verotuksessa, koska B Ab:lla ei ole enää mahdollisuutta hyödyntää tappioita Ruotsissa. Tähän tulkintaan on päätytty ainakin Helminen<sup>418</sup> ja hiukan varovaisemmin Penttilä.<sup>419</sup> Epäselvää on, voidaanko tappioita vähentää A Oy:n verotettavan tuloksen ylittävältä osalta. Toinen epäselvä kysymys liittyy toiseen ennakkoratkaisukysymykseen. Jos B Ab:n tappiot on vähennettävä A Oy:n tuloksesta, onko vähennettävien tappioiden määrä laskettava EVL:n vai

<sup>416</sup> KHO:2011:21, kohdat 7 ja 11 ja Helminen 2011, s. 178.

<sup>417</sup> Todennäköisesti sama pätee myös konsernihuojennukseen.

<sup>418</sup> Helminen 2011, s. 178.

<sup>419</sup> Penttilä 2009, s. 473.

Ruotsin verolakien mukaan? Helminen toteaa, että EU-oikeuden mukaan Suomella pitäisi olla oikeus vaatia tappioiden määrän laskemista uudelleen EVL:n sääntöjen mukaan, mutta kysymys ei ole kuitenkaan täysin selvä. KHO:n päätöksessä kerrotaan, että verovelvollisella on tarkoituksena sulautumisen yhteydessä joka tapauksessa laskea uudelleen B Ab:n verotappioiden määrä EVL:n sääntöjen mukaisesti.<sup>420</sup>

Tuomioistuin vastaa yleensä vain sille esitettyihin kysymyksiin. Mikäli tuomioistuin vastaa kielteisesti verovelvollisen vaatimukseen tappionsiirrosta sulautumisen yhteydessä, tällöin saattaa jäädä edelleen epäselväksi, mikä olisi ollut lopputulos, jos samassa tilanteessa tappio olisi pyritty kattamaan rajat ylittävällä konserniavustuksella A Ab:n purkamisen yhteydessä. Jos taas tuomioistuin sallii tappioiden siirtymisen sulautumisen yhteydessä, ei välttämättä ole täysin selvää, että lopullisten tappioiden kattaminen konserniavustuksella purkamisen yhteydessä olisi myös mahdollinen.

Marks & Spencer -tuomion ohella tulkinta-apua voidaan hakea Lidl Belgium -tuomiosta. Siinä tuomioistuin viittasi Marks & Spencer -tuomion kohdan 55 edellytyksiin ja toisti 56 kohdan sanomansa siitä, että näiden edellytysten täytyessä on sijoittautumisvapauden vastaista evätä emoyhtiöltä mahdollisuus vähentää tytäryhtiölle syntyneet tappiot verotettavasta voitostaan.<sup>421</sup> Lidl Belgium ei siten anna mitään uutta ohjeistusta koskien lopullisten tappioiden vähennysoikeutta, mutta se kuitenkin vahvistaa Marks & Spencer -tuomion oikeusohjetta. Tuomion perusteella voidaan todeta, että ainakin vielä Lidl Belgium -tuomion antamisen aikaan tuomioistuin oli samalla kannalla koskien lopullisten tappioiden vähennyskelpoisuutta kuin se oli ollut Marks & Spencer -tuomiossa.

### **5.3. Ratkaisun lopputulos X Holding -tuomion valossa**

Edellisestä poikkeavaa lopputulosta voidaan perustella X Holding -tuomion valossa. Tuomion perusteella voidaan ajatella, että tuomioistuin on muuttanut mielensä lopullisten tappioiden suhteen eikä edellytä enää edes lopullisten tappioiden huomioimista vähemmän rajoittavana toimenpiteenä. Kysymystä käsiteltiin laajemmin X Holding -tuomion analyysin yhteydessä luvussa 4.5.3. eikä sitä ole tarpeen käsitellä tässä yhtä laajasti uudelleen. Lyhyesti voidaan todeta, että tapa, jolla tuomioistuin jätti vastaamatta todelliseen suhteellisuusperiaatekysymykseen (”Onko olemassa muita vähemmän rajoittavia

---

<sup>420</sup> KHO:2011:21, kohta 15.

<sup>421</sup> C-414/06 Lidl Belgium, kohdat 47–48.

toimenpiteitä, joilla rajoituksen taustalla olevat tavoitteet voidaan saavuttaa?”), herättää epäilyksen siitä, että tuomioistuin ei ollut halukas toistamaan Marks & Spencer ja Lidl Belgium -tuomioissa antamaansa hyvin selkeää vastausta. Kyseisissä tuomioissa vähemmän rajoittavien toimenpiteiden vaatimus muotoiltiin siten, että jäsenvaltioiden on hyväksyttävä rajat ylittävien tappioiden vähennysoikeus silloin, kun tappiot ovat jäämässä lopullisiksi.<sup>422</sup> Tuomioistuimen mukaan muussa tapauksessa ”mikäli on mahdollista löytää muita vähemmän rajoittavia toimenpiteitä, tällaiset toimenpiteet edellyttävät joka tapauksessa yhteisön lainsäätäjän antamia yhdenmukaistamissäännöksiä”.<sup>423</sup>

Syy, miksi tuomioistuin ei vastannut tällä tavalla X Holding -ratkaisussaan ja sivuutti suhteellisuusperiaatekysymyksen käytännössä kokonaan, saattaa johtua ensinnäkin siitä, että se on muuttanut mielensä lopullisten tappioiden vähennyskelpoisuudesta. Silloin kysymykseen siitä, voidaanko soveltaa muita vähemmän rajoittavia toimenpiteitä, olisi tosiaan hyvin hankala vastata mitään, koska kaikki vähemmän rajoittavat toimenpiteet edellyttäisivät joka tapauksessa yhteisön lainsäätäjän antamia yhdenmukaistamissäännöksiä. Toinen vaihtoehto on se, että tuomioistuin on palannut soveltamaan subject-to-tax -sääntöä vertailukelpoisuuden arvioimiseksi, mutta tekee sen vain peiteltysti. Sanders on nimittäin esittänyt, että vertailukelpoisuuden ja oikeuttamisperusteiden arviointi ovat tuomioistuimelle yhtä ja samaa prosessia.<sup>424</sup> Ongelma on siinä, että tuomioistuimen käytäntöön on kuulunut, että suhteellisuusperiaatetta on arvioitu vain silloin, kun tilanteet ovat keskenään vertailukelpoisia. Jos vertailukelpoisuuden arviointi on piilotettu tähän ”yhteisprosessiin”, verovelvollisen tai kenenkään muunkaan on mahdotonta tietää, milloin tapaus oli riittävän vertailukelpoinen, jotta suhteellisuusperiaatetta olisi tullut soveltaa.

Molemmat yllä kuvatut X Holding -tuomion tulkinnot johtavat siihen, että lopulliset tappiot eivät ole vähennyskelpoisia asiassa KHO:2007:92. Jos X Holding -tuomiossa ei mainittu lopullisia tappioita siitä syystä, että tuomioistuin on palannut noudattamaan subject-to-tax -lähestymistapaa vertailukelpoisuuden arvioinnissa, näin voidaan odottaa käyvän myös asiassa KHO:2007:92. Jos taas tuomioistuin on vain muuttanut mieltään lopullisten tappioiden vähennyskelpoisuudesta, silloin se on tuskin vielä muuttanut mieltään takaisin asiassa KHO:2007:92. Muunlaisilla tulkinnoilla on hankala selittää, miksi tuomioistuin ei

---

<sup>422</sup> C-446/03 Marks & Spencer, kohdat 55–56 ja 58 ja C-414/06 Lidl Belgium, kohta 51.

<sup>423</sup> C-446/03 Marks & Spencer, kohdat 55–56.

<sup>424</sup> Sanders 2011, s. 126–128.

voinut antaa kunnollista vastausta suhteellisuusperiaatetta koskevaan kysymykseen. Tulkinta, jonka mukaan X Holding -tuomion perusteella ei voida tehdä johtopäätöksiä koskien lopullisia tappioita, koska tuomiossa ei ollut kyse lopullisista tappioista, ei yksinkertaisesti toimi. Tuomioistuimien näki suuren vaivan olla mainitsematta lopullisia tappioita ja päättyi samalla historiansa pohjanoteeraukseksi kutsuttuun ratkaisuun.

## 6. Johtopäätökset

### 6.1. Suhteellisuusperiaatteelle asetettu rajoitus

Marks & Spencer on maamerkkitapaus EU-tuomioistuimen oikeuskäytännössä monessa mielessä. Ennen Marks & Spenceriä syrjiville tai perusvapauksia rajoittaville verosäännöksille oli erittäin harvoin löydettävissä EU-oikeudellisesti hyväksyttävä oikeuttamisperuste. Aiemmin tuomioistuimen päätökset perustuivat suurelta osin siihen, voitiinko tiettyä rajat ylittävää tilannetta pitää vertailukelpoisena puhtaasti kotimaisen tilanteen kanssa vai ei. Tältä osin Marks & Spencer ja sitä seurannut rajat ylittäviä tappioita koskeva oikeuskäytäntö on muuttanut tilanteen. Sijoittautumisvapautta koskevissa tapauksissa tuomioistuin on selvästi siirtänyt painopistettään vertailukelpoisuuden arvioinnista suhteellisuusperiaatteen arviointiin.

Vertailukelpoisuuden arvioinnin osalta Marks & Spencer oli poikkeus tuomioistuimen soveltamaan käytäntöön, jonka mukaan vertailukelpoisuus ratkaistaan subject-to-tax -lähestymistavan mukaisesti. Toisin sanoen tilannetta, jossa tietty toimija (esim. ulkomainen tytäryhtiö) ei ole verovelvollinen tietyssä jäsenvaltiossa, ei voida pitää vertailukelpoisena sellaisen tilanteen kanssa, jossa vastaava toimija (kotimainen tytäryhtiö) on verovelvollinen tuossa jäsenvaltiossa. Terran ja Wattelin mukaan tuomioistuin poikkesi tästä pääsäännöstään johtuen sen noudattamasta toisesta lähestymistavasta (always-somewhere approach), jonka mukaan sisämarkkinoilla ei ole hyväksyttävää, että verovelvollinen menettää kokonaan oikeutensa tappioiden vähennysoikeuteen siitä syystä, että hän on käyttänyt perusvapauksiaan. Mark & Spencerin jälkeen tästä poikkeamasta on kuitenkin muodostunut pääsääntö, kun tuomioistuin ei enää palannut vanhaan subject-to-tax -pääsääntöönsä.

Poikettuaan subject-to-tax -lähestymistavasta vertailukelpoisuuden arvioinnissa, EU-tuomioistuin päätyi asettamaan ongelmallisen rajoituksen suhteellisuusperiaatteen soveltamisalalle. Marks & Spencer -tuomiossa todettiin, että suhteellisuusperiaatteen vastaista on olla huomioimatta yhtiön verotuksessa sen toisessa jäsenvaltiossa asuvalle tytäryhtiölle syntyneet tappiot, silloin kun kyseiset tappiot ovat lopullisia. Muussa tapauksessa, mikäli on löydettävissä vähemmän rajoittavia toimenpiteitä sijoittautumisvapauden rajoittamisen taustalla olevan tavoitteen saavuttamiseksi, tällaiset toimenpiteet edellyttävät tuomioistuimen mukaan joka tapauksessa neuvoston asiasta

antamaa direktiiviä. Tämä suhteellisuusperiaatteelle asetettu rajoitus sai vahvistusta Lidl Belgium -tuomiossa. Siinä todettiin, että Marks & Spencer annetun tuomion 55 kohdassa esitetyt edellytykset (lopullisten tappioiden kriteerit) ovat ne edellytykset,

”joilla määritetään se, missä tilanteissa toimenpiteellä, joka muodostaa EY 43 artiklassa tarkoitetun sijoittautumisvapauden rajoituksen, ylitetään se, mikä on tarpeen yhteisön oikeudessa tunnustettujen hyväksyttävien tavoitteiden saavuttamiseksi”.<sup>425</sup>

Miksi tuomioistuin sitten rajoitti suhteellisuusperiaatteen soveltamisalaa? Selvästikään tuomioistuin ei halunnut vaatia jäsenvaltioilta väliaikaisten tappioiden huomioimista recapture-järjestelmää soveltamalla. Silloin sen oli pakko rajoittaa suhteellisuusperiaatteen soveltamisalaa. Tuomioistuin ehkä pelkäsi menevänsä liian pitkälle, jos se vaatisi jäsenvaltioilta vähiten rajoittavan toimenpiteen soveltamista. Toisin kuin tuomioistuin väittää, recapture-järjestelmän käyttöönotto on epäilemättä mahdollista ilman yhteisön lainsäätäjän antamia yhdenmukaistamissäännöksiä. Tästä selvimpänä todisteena voidaan pitää sitä, että järjestelmä on käytössä useissa jäsenvaltioissa.<sup>426</sup>

Marks & Spencer ja Lidl Belgium -tuomioista ei käy ilmi, missä tilanteissa suhteellisuusperiaatteelle asetettu rajoitus on voimassa. Rajoitus ei näy Papillon-tuomiossa, jossa oli kyse Ranskan verojärjestelmän säännöksestä, joka ei sallinut verotulosten koontijärjestelmän soveltamista kotimaiseen tytäryhtiöön, jonka ranskalainen emoyhtiö omisti välillisesti ulkomaisen yhtiön kautta. Sijoittautumisvapautta rajoittava verosäännökselle oli löydettävissä hyväksyttävä oikeuttamisperuste, verojärjestelmän johdonmukaisuus, mutta säännös ei kuitenkaan täyttänyt suhteellisuusperiaatteen kriteereitä. Tuomioistuin antaa ratkaisussaan jopa kaksi uutta esimerkkiä vähemmän rajoittavista toimenpiteistä: Ranskan veroviranomaisilla oleva mahdollisuus pyytää tarvitsemansa tiedot tappioiden käyttämisestä toisessa jäsenvaltiossa virka-apudirektiivin nojalla ja mahdollisuus pyytää vastaavat tiedot verovelvolliselta itseltään. Tällä kertaa tuomioistuin ei todennut muiden vähemmän rajoittavien toimenpiteiden – kuin lopullisten tappioiden vähennysoikeuden myöntämisen – edellyttävän yhteisön lainsäätäjän antamia yhtenäistämistoimenpiteitä. Tämä saattaa johtua siitä, että suhteellisuusperiaatteelle asetettu rajoitus on sidoksissa vain tiettyihin oikeuttamisperusteisiin, etenkin verotusvallan

---

<sup>425</sup> C-414/06 Lidl Belgium, kohta 51.

<sup>426</sup> Weber 2011, s. 32.

tasapainoiseen jakautumiseen jäsenvaltioiden kesken. Toinen vaihtoehto on se, että suhteellisuusperiaatteen rajoitus on sidoksissa Marks & Spencer ja Lidl Belgium -tapauksia vastaaviin tilanteisiin, joissa on kyse ulkomaiselle tytäryhtiölle tai kiinteälle toimipaikalle syntyneistä tappioista.<sup>427</sup>

## **6.2. Konserniavustusjärjestelmä ja lopulliset tappiot**

Alussa esitetyistä tutkimuskysymyksistä ehkä helpoimpana voidaan pitää kysymystä 2: koskeeko lopullisten tappioiden poikkeussääntö konserniavustusjärjestelmää? KHO ja Ruotsin Regeringsrätten päätyivät asiassa keskenään päinvastaisiin tulkintoihin. Regeringsrättenin (ja myöhemmin myös Ruotsin lainsäätäjän) mielestä vapaa sijoittautumisoikeus edellyttää, että toisessa jäsenvaltiossa asuvan tytäryhtiön lopulliset tappiot voidaan kattaa tytäryhtiölle annettavalla konserniavustuksella. Regeringsrätten perusti päätöksensä Marks & Spencer -tuomioon, sivuuttaen Oy AA -tuomion sillä perusteella, että Oy AA ei koskenut toisessa jäsenvaltiossa asuvan tytäryhtiön lopullisten tappioiden kattamista.

KHO puolestaan päätyi asiassa KHO:2007:92 päinvastaiseen tulkintaan. Tapauksessa suomalainen emoyhtiö aikoi antaa konserniavustuksen isobritannialaiselle välillisesti omistamalleen<sup>428</sup> tytäryhtiölle, jonka toiminta aiottiin lopettaa ja yhtiö purkaa. Tytäryhtiön tappiot olivat siis muodostumassa lopullisiksi samalla tavoin kuin Marks & Spencer -tuomiossa. Konserniavustuslaissa asetetut edellytykset avustuksen antamiselle täyttyivät saajan kotimaisuusvaatimusta lukuun ottamatta. Päätöksessään KHO katsoi, että konserniavustuslain kotimaisuusvaatimusta ei voida pitää sijoittautumisvapauden vastaisena, huolimatta tappioiden lopullisuudesta, kun huomioidaan EU-tuomioistuimen perustelut asiassa Oy AA. KHO painotti päätöksessään erityisesti Oy AA -tuomion kohtia 64 ja 65. Tuomioistuin totesi kohdassa 64, että konserniavustuksen

”kaikenlainen laajentaminen koskemaan rajat ylittäviä tilanteita johtaisi siihen, kuten tämän tuomion kohdassa todetaan, että tällä menetelmällä konsernit voivat vapaasti valita jäsenvaltion, jossa niiden voittoja verotetaan, ja sivuuttaa tytäryhteisön

---

<sup>427</sup> Ks. luku 4.4.

<sup>428</sup> Myös Marks & Spencer -tapauksessa isobritannialaisen emoyhtiön omistus ulkomaisissa tytäryhtiöissä oli välillistä, ks. Penttilä 2009, s. 467.



jäsenvaltion oikeuden verottaa sen alueella harjoitetun toiminnan tuottamia voittoja”.<sup>429</sup>

Lisäksi kohdassa 65 todetaan, että kyseistä haittaa ei voida ehkäistä asettamalla edellytyksiä, jotka liittyvät muun muassa konserniavustuksen saajalle kertyneiden tappioiden olemassaoloon, mukaan lukien tilanne, jossa saajana olevan yhtiön mahdollisuudet siirtää tappioitaan toiselle yhteisölle ovat rajoitetut. Tuomioistuimen mukaan tällöin jäisi edelleen konsernin päätettäväksi, missä jäsenvaltiossa niiden voitot verotetaan. Sama koskee tytäryhtiön jäsenvaltiolla olevaa mahdollisuutta asettaa vähennyskelpoisuuden edellytykseksi avustuksen veronalaisuus saajayhtiössä.<sup>430</sup>

Kohdasta 64 on melko selvästi luettavissa, että siinä puhutaan tilanteesta, jossa konserniavustuksen antajana on tytäryhtiö. Tilanne, jossa tytäryhtiö antaa konserniavustuksen emoyhtiönsä lopullisten tappioiden kattamiseksi, ei muutoinkaan ole edes mahdollinen. Oy AA -tapauksen ei siis voida olettaa koskevan tilannetta, jossa emoyhtiö antaa konserniavustuksen toisessa jäsenvaltiossa asuvan tytäryhtiön lopullisten tappioiden kattamiseksi. Konserniavustusjärjestelmän ei myöskään voida ajatella olevan siinä määrin group relief -järjestelmää pidemmälle menevä järjestelmä, että Marks & Spencer -tuomiosta poikkeava tulkinta olisi mahdollinen. Silloin, kun konserniavustusta käytetään vain tappiontasaukseen, sillä päädytään taloudellisessa mielessä samaan lopputulokseen kuin group relief -järjestelmän mukaisella tappionsiirrolla.<sup>431</sup>

Asia KHO:2007:92 olisi todennäköisesti tullut ratkaista Marks & Spencer -ratkaisun perusteella, kuten Regeringsrätten teki omissa vastaavissa ratkaisuisaan. KHO ja Regeringsrätten eivät kumpikaan kuitenkaan pyytäneet ratkaisemissaan tapauksissa EU-tuomioistuimelta ennakkoratkaisuja, joten lopullista varmuutta asiasta ei ole saatu.

### **6.3. Lopullisten tappioiden vähennyskelpoisuus X Holding -tuomion jälkeen**

X Holding -tuomio on tässä tutkielmassa käsitellyistä ratkaisuista kiistanalaisin.<sup>432</sup> Tuomiossa oli kyse ulkomaisen tytäryhtiön tappioista, joiden vähennyskeltvottomuutta perusteltiin tarpeella varmistaa verotusvallan tasapainoinen jakautuminen jäsenvaltioiden kesken.

---

<sup>429</sup> C-231/05 Oy AA, kohta 64.

<sup>430</sup> C-231/05 Oy AA, kohta 65. Mielenkiintoista on, että tämä sama mahdollisuus edellytyksen asettamisesta konserniavustuksen vähennyskelpoisuudelle oli kuitenkin ratkaiseva vertailukelpoisuuden arvioinnin kannalta.

<sup>431</sup> Komissio 2006, s. 7.

<sup>432</sup> van Thiel & Vascega 2010, s. 348.

Suhteellisuusperiaatteen arvioinnin olisi siis tullut noudattaa Marks & Spencer ja Lidl Belgium -tuomioiden mukaista käytäntöä. Kyseisissä tuomioissa suhteellisuusperiaatteen vastaista oli se, että tietyssä jäsenvaltiossa asuvan yhtiön verotuksessa ei huomioida sen toisessa jäsenvaltiossa asuvan tytäryhtiön tai kiinteän toimipaikan lopullisia tappioita. Tuomioiden perusteella jäsenvaltioiden ei kuitenkaan tämän lisäksi tarvitse harkita muita vähemmän rajoittavia toimenpiteitä, koska muut vähemmän rajoittavat toimenpiteet edellyttävät joka tapauksessa yhteisön lainsäätäjän antamia yhdenmukaistamissäännöksiä. Vastoin yleisiä odotuksia tuomioistuimien ei todennut X Holding -ratkaisussaan kuitenkaan mitään lopullisista tappioista eikä muutoinkaan antanut kunnollista vastausta suhteellisuusperiaatetta ja vähemmän rajoittavia toimenpiteitä koskevaan kysymykseen.

X Holding -tuomiota voidaan tulkita periaatteessa kahdella tavalla: Ensinnäkin tuomiosta voidaan tehdä sellainen johtopäätös, että tuomioistuimien ei enää edellytä jäsenvaltioilta edes rajat ylittävien lopullisten tappioiden vähennysoikeuden myöntämistä. Tuomioistuimen mielenmuutos lopullisten tappioiden suhteen selittäisi sitä, miksi tuomioistuimien väisteli suhteellisuusperiaatekysymystä ja käytännössä jätti vastaamatta siihen kokonaan. Suhteellisuusperiaatteen soveltamisalaa oli jo Marks & Spencer -tuomiossa kutistettu niin, että se käsitti vain lopullisten tappioiden vähennysoikeuden myöntämisen. Jos tuomioistuimen mielestä lopullisten tappioidenkaan ei tule olla enää vähennyskelpoisia, on hyvin hankala enää puhua vähemmän rajoittavien toimenpiteiden vaatimuksesta, koska käytännössä tällaista vaatimusta ei enää ole. Mikäli tuomioistuimien ei ole muuttanut mieltään lopullisten tappioiden suhteen, se olisi selvinnyt X Holding -tuomion perusteluista hyvin helpolla tavalla toistamalla Marks & Spencer ja Lidl Belgium -tuomioista tutut ohjeensa: rajat ylittävien lopullisten tappioiden on oltava vähennyskelpoisia, mutta muut vähemmän rajoittavat toimenpiteet edellyttävät neuvoston direktiiviä. Lopullisia tappioita koskevaan kysymykseen saatetaan saada vastaus asiasta KHO:2011:21 lähivuosina annettavan ennakkoratkaisun myötä.

Toiseksi X Holding -tuomiota voidaan tulkita niin, että tuomioistuimien on palannut subject-to-tax -lähestymistapaan vertailukelpoisuuden arvioinnissa. Subject-to-tax -lähestymistavan suurin puolestapuhuja Wattel toimi X Holding -tapauksessa Hollannin korkeimman oikeuden julkisasiamiehenä. Hollannin korkeimmalle oikeudelle antamassaan ratkaisuehdotuksessa hän esittää, että EU-tuomioistuimien ei oikeastaan pitänytkään X Holding -tuomion rajat ylittävää ja puhtaasti kotimaista tilannetta vertailukelpoisina. Sijoittautumisvapauden rajoitusta

perusteltiin tuomioissa tarpeella varmistaa verotusvallan tasapainoinen jakautuminen jäsenvaltioiden kesken. Wattelin mukaan tällä oikeuttamisperusteella tuomioistuimien todellisuudessa haluaa sanoa, että rajat ylittävä ja kotimainen tilanne eivät ole vertailukelpoisia keskenään. Wattel uskoo, että tuomioistuimen tavoitteena oli saavuttaa sama lopputulos kuin sen aiemmissa ratkaisuissa Marks & Spencer ja Oy AA tunnustamalla tarve säilyttää jäsenvaltioiden verotusvaltaan kuuluvien verotettavien tulojen ja niihin liittyvien kulujen/tappioiden välinen symmetria. Hänen mielestään tämän tarpeen tunnustaminen käytännössä tarkoittaa kuitenkin sitä, että jäsenvaltiossa verovelvollinen ja ei-verovelvollinen eivät ole vertailukelpoisia keskenään.<sup>433</sup>

Vertailukelpoisuuden ja oikeuttamisperusteen käsitteiden voidaan tosiaan sanoa olevan hyvin lähellä toisiaan. Sanders on esittänyt, että vertailukelpoisuuden arviointi on käytännössä yhtä ja samaa prosessia oikeuttamisperusteiden arvioinnin kanssa. Molempia arviota tehdessään tuomioistuin tarkastelee tilanteiden eroavaisuuksia, jotka saattaisivat oikeuttaa erilaisen verokohtelun. On syytä huomioda, että silloin kun kahden tilanteen todetaan olevan keskenään vertailukelpoisia, ne ovat jossain määrin silti aina erilaisia keskenään. Identtisten tilanteiden identtinen verokohtelu on selviö, eikä siihen mahdollisesti liittyvät ongelmat koskaan etene EU-tuomioistuimeen asti. Sandersin mukaan vertailukelpoisuutta arvioidessaan, tuomioistuin arvioi ovatko tilanteet keskenään niin erilaisia, että tapausta ei ole tarpeen tarkastella lähempää. Sen sijaan oikeuttamisperusteita arvioidessa tilanteet eivät ole niin selvästi erilaisia, että asiaa ei tarvitsisi pohtia pidemmälle. Silloin tilanteiden eroavaisuuksia tarkastellaan lähempää ja pohditaan onko jotain erityisiä piirteitä tilanteiden eroavaisuuksissa, jotka voisivat oikeuttaa erilaisen verokohtelun.<sup>434</sup>

Sandersin teorian valossa tuomioistuimen ratkaisu näyttäisi jonkin verran loogisemmalta. Ongelma on kuitenkin siinä, että tuomioistuin ei edellytä jäsenvaltioita harkitsemaan vähemmän rajoittavia toimenpiteitä silloin, kun tilanteiden on katsottu olevan keskenään vertailukelvottomia. Muussa tapauksessa koko vertailukelpoisuuden käsite olisikin turha väliporras rule of reason -testissä. Tuomioistuimen puolelta johdonmukaisinta olisi yhdistää vertailukelpoisuuden ja oikeuttamisperusteiden arvioinnit selkeämmin yhdeksi kokonaisuudeksi ja edellyttää jäsenvaltioita aina harkitsemaan vähemmän rajoittavia toimenpiteitä. Nyt näyttää siltä, että nämä kaksi arviointiprosessia on yhdistetty, mutta

---

<sup>433</sup> Weber 2011, s. 36–37.

<sup>434</sup> Sanders 2011, s. 126–127.

suhteellisuusperiaatteen osalta tuomioistuin pidättää itselleen oikeuden soveltaa sitä vain halutessaan. Mikäli nämä kaksi prosessia on yhdistetty, verovelvollisella ja jäsenvaltioilla ei ole mitään mahdollisuutta tietää, missä vaiheessa ylitetään se ”erilaisuuden raja”, jonka jälkeen asiaa on arvioitava suhteellisuusperiaatteen näkökulmasta. Tällöin lopputuloksena olisi Wattelin ihannoima subject-to-tax -lähestymistapa maustettuna satunnaisella suhteellisuusperiaateanalyysillä.

#### **6.4. KHO:2011:21**

Aika näyttää, mitä EU-tuomioistuin tulee päättämään asiassa KHO:2007:92. Eri vaihtoehtoja voidaan perustella joko Marks & Spencer ja Lidl Belgium -tuomioiden pohjalta tai sitten X Holding -tuomion perusteella. X Holding -tuomiota on hankala lukea, niin että päädyttäisiin verovelvollisen kannalta edulliseen ratkaisuun. Suunnanmuutos Marks & Spencer -tuomion linjasta on hyvin mahdollinen. Tämä voisi tapahtua ensinnäkin niin, että tuomioistuin on muuttanut mielensä lopullisten tappioiden vähennyskelpoisuuden suhteen. Toinen vaihtoehto on se, että tuomioistuin on palannut subject-to-tax -lähestymistavan soveltamiseen vertailukelpoisuuden arvioinnissa. Jälkimmäisessä tilanteessa asiassa KHO:2007:92 kyseessä olevia rajat ylittävää ja kotimaista tilannetta ei pidettäisi keskenään vertailukelpoisina eikä asiaa tarvitsisi pohtia suhteellisuusperiaatteen kannalta. Käytännössä nämä kaksi vaihtoehtoa ovat lopulta sama asia. Tämä pätee etenkin kun tähän lisätään Sandersin ajatus, jonka mukaan vertailukelpoisuus ja oikeuttamisperusteet ovat tuomioistuimen silmissä sama asia. Silloin voidaan odottaa X Holding -tyyppistä ratkaisua, jossa suhteellisuusperiaate vain sivuutetaan kertomatta syitä sen tarkemmin. Lukijat voivat jäädä vain ihmettelemään, johtuiko se muutoksesta itse suhteellisuusperiaatteesta vai tilanteiden ”riittävästä erilaisuudesta”, jolloin suhteellisuusperiaate voitiin tuomioistuimen käytännön mukaan sivuuttaa.

Suhteellisuusperiaatteen kutistamisen, käsitteillä kikkailun ja jäsenvaltioiden verotulojen puolustamisen sijaan, EU-tuomioistuimen tulisi tulevaisuudessa ottaa sille kuuluva rooli sisämarkkinoiden tavoitteiden puolustajana. Vaikka välitön verotus kuuluu jäsenvaltioiden toimivaltaan, niiden on käytettävä toimivaltaansa yhteisön oikeutta noudattaen. Tuomioistuimen tehtävä on varmistaa, että jäsenvaltiot todella noudattavat yhteisön oikeutta eivätkä aseta perusvapauksille perusteettomia rajoituksia. Tässä suhteellisuusperiaatteen, eli kysymyksen siitä, ylitetäänkö rajoittavalla toimenpiteellä sitä, mikä on tarpeen sen

tavoitteiden saavuttamiseksi, tulisi olla tuomioistuimen mittari ratkaistaessa, onko tietty verosäännös ristiriidassa SEUT 49 artiklan kanssa. Mikäli verotusvallan tasapainoisen jakautumisen taustalla olevat tavoitteet voidaan saavuttaa vähemmän rajoittavilla toimenpiteillä, tällöin toimenpide tulisi aina tulkita suhteellisuusperiaatteen vastaiseksi. Tuomioistuimella on epäilemättä riittävä toimivalta tällaisen tulkintaan silloin, kun tilanteessa on mahdollista harkita vähemmän rajoittavia toimenpiteitä.

## Lähdeluettelo

Alhola, Kari – Koivikko, Aarne – Rätty, Päivi – Tuominen, Olavi 2002. Tilinpäätöksen suunnittelu, yritysverotus ja yritysjärjestelyt. WSOY.

Almendral, Violeta Ruiz 2010. An Ever Distant Union: The Cross-Border Loss Relief Conundrum in EU Law. *Intertax* 10/2010, s. 476–501.

Anderson, Edward – Ilkkala, Jarmo – Penttilä, Seppo 2009. Elinkeinoverolain kommentaari. 12. painos, Talentum.

Cordewener, Axel – Dahlberg, Mattias – Pistone, Pasquale – Reimer, Ekkehart – Romano, Carlo 2004. The Tax Treatment of Foreign Losses: Ritter, M & S, and the Way Ahead (Part One). *European Taxation* 4/2004, s. 135–142.

Cordewener, Axel – Dahlberg, Mattias – Pistone, Pasquale – Reimer, Ekkehart – Romano, Carlo 2004a. The Tax Treatment of Foreign Losses: Ritter, M & S, and the Way Ahead (Part Two). *European Taxation* 5/2004, s. 218–233.

De Wilde, Maarten, F. 2010. On X Holding and the ECJ's Ambiguous Approach towards the Proportionality Test. *EC Tax Review* 4/2010, s. 170–182.

Douma, Sjoerd & Naumburg, Caroline 2006. Marks & Spencer: Are National Tax Systems Éclairé?. *European Taxation* 9/2006, s. 431–442.

Durand, Pierre-Henry & Rutschamn, Yves 2009. The Papillon Case: A First Step Toward a New Era in European Tax Treatment of Groups?. *EC Tax Review* 3/2009., s. 122–130.

Ghosh, Julian 2007. Principles of the Internal Market and Direct Taxation. Oxford Key Haven Publications.

Haslehner, Werner, C. 2010. Cross-Border Loss Relief for Permanent Establishment under EC Law. *Bulletin for International Taxation* 1/2010, s. 33–44.

Helminen, Marjaana 2005. The Esab Case (C-231/05) and the Future of Group Taxation Regimes in EU. *Intertax* 12/2005, s. 595–602.

Helminen, Marjaana 2007. Sijoittautumisoikeuden vapaus ja konserniavustusta koskeva tapaus C-231/05 Oy AA. *Verotus* 5/2007, s. 488–501.

Helminen, Marjaana 2008. EU-vero-oikeus – välitön verotus. Talentum.

Helminen, Marjaana 2009. Kansainvälinen tuloverotus. Talentum.

Helminen, Marjaana 2011. Must the Losses of a Merging Company be Deductible in the State of Residence of the Receiving Company in EU?. EC Tax Review 4/2011, s. 172–178.

International Tax Review, 2010. Is the X Holding judgement off the Marks? 01 April 2010. Löytyy online: <http://www.internationaltaxreview.com/Article/2606358/Is-the-X-Holding-judgment-off-the-Marks.html>. Haettu 20.12.2011.

Kiegebeld, Ben, J. & Smit, Daniël, S. 2011. EU Free Movement of Capital and Corporate Income Taxation: The Relationship between the Free Movement of Capital and the Other TFEU Freedoms and Justification Grounds in a Third Country Context. Teoksessa Fiscal Sovereignty of the Member States in an Internal Market: Past and Future. (Toim.) Jansen, Sjaak. Kluwer, s. 119–150.

Komissio 2006. Komission tiedonanto neuvostolle, Euroopan parlamentille ja Euroopan talous- ja sosiaalikomitealle. Tappioiden verokohtelu rajatylittävissä tilanteissa. 19.12.2006. KOM(2006)824.

Kuivisto, Eija 2010. Konserniyhtiöiden välinen tuloksentasaus – viimeaikaista kehitystä. Tilintarkastus 4/2010, 38–41.

Lang, Michael 2006. The Marks & Spencer Case - The Open Issues Following the ECJ's Final Word. European Taxation 2/2006, s. 54–66.

Lang, Michael 2006a. Direct Taxation: Is the ECJ Heading in a New Direction?. European Taxation 9/2006, s. 421–430.

Lang, Michael 2009. Recent Case Law of the ECJ in Direct Taxation: Trends, Tensions and Contradictions. EC Tax Review 2009, s. 98–113.

Ludicke, Jürgen 2006. Pending Cases Filed by German Courts: The Meilicke, Burda, Per Groenfeldt, Tatiana, Theodor Jäger, Heinrich Bauer Verlag BeteiligungsGmbH, Rewe Zentralfinanz, Lidl Belgium, Stahlwerk Ergste Westig and Deutsche Shell GmbH Cases. Teoksessa ECJ – Recent Developments in Direct Taxation. (Toim.) Lang, Michael, Schuch, Josef, Staringer, Claus. Kluwer, s. 47–90.

Lyal, Richard 2003. Non-discrimination and direct tax in Community law. EC Tax Review 2/2003, s. 68–74.

Meusssen, Gerard T.K., 2008. Cross-Border Loss Compensation and Permanent Establishment: Lidl Belgium and Deutsche Shell. European Taxation 5/2008, s. 233–236.

Mkrtchyan, Tigran 2009. In Search of Ariadne's Thread: Permanent Establishments and Losses in the European Union. Bulletin for International Taxation 12/2009, s. 586–599.

- O'Shea, Tom 2006. Marks & Spencer v Halsey (HM Inspector of Taxes): restriction, justification and proportionality. EC Tax Review 2/2006, s. 66–82.
- O'Shea, Tom 2008. EU Cross-Border Loss Relief: Which View Will Prevail?. Tax Worldwide Tax Daily, 4.4.2008, 2008 WTD 66–3.
- O'Shea, Tom 2008a. ECJ Rejects Advocate General's Advice in Case on German Loss Relief. Worldwide Tax Daily, 25.7.2008, 2008 WTD 123–2.
- Penttilä, Seppo – Mattila, Pauli, K. – Ranta-Lassila, Hannele 2005. Suomen konserniavustusjärjestelmä – EY-oikeuden vaatimukset täyttävä vai ei? Verotus 4/2005, s. 355–372.
- Penttilä, Seppo 2006. EY:n tuomioistuimen ratkaisu asiassa Marks & Spencer (C-446/03) - arvioita konserniavustusjärjestelmän kannalta. Verotus 1/2006, s. 4–13.
- Penttilä, Seppo 2009. Lopulliset tappiot - loputon ongelma?. Verotus 5/2009, s. 461–473.
- Sanders, Thies 2011. X Holding, The Morning After in the Netherlands. Teoksessa From Marks & Spencer to X Holding – The Future of Cross-Border Group Taxation. (Toim.) Weber, Dennis & da Silva, Bruno. Kluwer, s. 125–135.
- Schön, Wolfgang 2008. Losing Out at the Snooker Table: Cross-Border Loss Compensations for PE's and the Fundamental Freedoms. Teoksessa A Vision of Taxes Within and Outside European Borders. (Toim.) Hinnekens, Luc & Hinnekens, Philippe. Kluwer, s. 813–830.
- Smit, M. Pim 2006. Marks & Spencer: The Paradoxes. European Taxation 9/2006, s. 411–412.
- Saïac, Julien 2007. Deduction of Losses Incurred in Another Member State by a Non-Resident Subsidiary following Marks & Spencer. European Taxation 12/2007, s. 550–555.
- Terra, Ben & Wattel, Peter J. 2008. European Tax Law, Fifth Edition. Kluwer Law International.
- Vajda QC, Christopher & Holmes, Josh 2006. Marks and Spencer – Limiting Shopping in Tax Losses. The Tax Journal 16.1.2006, s. 7–9.
- van Thiel, Servaas 2008. Justifications in Community Law for Income Tax Restrictions on Free Movement: Acte Clair Rules That Can Be Readily Applied by National Courts – Part 1. European Taxation 6/2008, s. 279–290.
- van Thiel, Servaas 2008a. Justifications in Community Law for Income Tax Restrictions on Free Movement: Acte Clair Rules That Can Be Readily Applied by National Courts – Part 2. European Taxation 7/2008, s. 339–350.



van Thiel, Servaas 2010. X Holding: Why Ulyssus Should Stop Listening to the Siren. *European Taxation* 8/2010, s. 334–349.

Vanistendael, Frans 2006. The ECJ at the Crossroads: Balancing Tax Sovereignty against the Imperatives of the Single Market. *European Taxation* 9/2006, s. 413–420.

Vanistendael, Frans 2006. In Defence of the European Court of Justice. *Bulletin for International Taxation* 3/2008, s. 90–99.

Vanistendael, Frans 2008. Does the ECJ have the power of interpretation to build a tax system compatible with the fundamental freedoms?. *EC Tax Review* 2/2008, s. 52–66.

Wathelet, Melchior 2006. Marks & Spencer plc v Halsey: lessons to be drawn. *British Tax Review* 2/2006, s. 128–131.

Weber, Dennis 2011. Eight Points as to Why the X Holding Judgment Is Incorrect. Teoksessa From Marks & Spencer to X Holding – The Future of Cross-Border Group Taxation. (Toim.) Weber, Dennis & da Silva, Bruno. Kluwer, s. 25–49.

Wattel, Peter J. 2007. Fiscal Cohesion, Fiscal Territoriality and Preservation of the (Balanced) Allocation of Taxing Power; What is the Difference?. Teoksessa The Influence of European Law on Direct Taxation – Recent and Future Developments. (Toim.) Weber, Dennis. Kluwer, s. 139–156.

Wimpissinger, Christian 2008. Cross-border transfer of losses, the ECJ does not agree with Advocate General Sharpston. *EC Tax Review*, 4/2008, s. 173–181.

Zalasinski, Adam 2007. Proportionality of Anti-Avoidance and Anti-Abuse Measures in the ECJ's Direct Tax Case Law. *Intertax*, 5/2007, s. 310–321.

## **EU-tuomioistuimen ennakkoratkaisut**

120/78 Cassis de Dijon

270/83 komissio vastaan Ranska (Avoir fiscal)

C-204/90 Bachmann

C-250/95 Futura

C-264/96 ICI

C-35/98 Verkooijen

C-324/00 Lankhorst-Hohorst

C-385/00 De Groot, C-168/01

C-436/00 X ja Y

C-168/01 Bosal Holding

C-9/02 Lasteyrie

C-315/02 Lenz

C-319/02 Manninen

C-376/03 D. v. Inspecteur

C-403/03 Schempp

C-446/03 Marks & Spencer

C-231/05 Oy AA

C-470/04 N v. Inspecteur.

C-414/06 Lidl Belgium

C-157/07 Krankenhaus

C- 418/07 Papillon

C-337/08 X Holding

## **Kotimainen oikeuskäytäntö**

KHO 1992 B 509

KHO 1992 B 510

KHO 2003:79

KHO:2007:92

KHO:2007:93

KHO:2011:21

KVL:017/2009